

الدراسات الفقهية (١٦)





أحكام لزوم العقد

تأليف
د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود
الأستاذ المشارك قسم الثقافة الإسلامية
كلية التربية - جامعة الملك سعود




أحكام لزوم العقد

بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا الكتاب

رسالة علمية تقدم بها الباحث لنيل درجة الدكتوراه، قسم الفقه – كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

وقد تكونت لجنة المناقشة من كل من:

[١] فضيلة الشيخ الدكتور/ محمد بن محمد المختار بن محمد .... مقرراً.

[٢] الدكتور/ عبدالعزيز بن محمد آل عبدالمنعم .... عضواً.

[٣] الأستاذ الدكتور/ فيحان بن شالي المطيري .... عضواً.

وقد منح الباحث درجة الدكتوراه بمرتبة الشرف الأولى بتاريخ ١٨/١/١٤٢٨هـ.

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(١٩)
الدراسات الفقهية
(١٦)



تأليف
د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود
الأستاذ المشارك قسم الثقافة الإسلامية
كلية التربية - جامعة الملك سعود



ح دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٢٨هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الجلعود؛ عبدالرحمن عثمان.

أحكام لزوم العقد/ عبدالرحمن عثمان الجلعود.

الرياض، ١٤٢٨هـ

٤٥٦ ص؛ ١٧×٢٤ سم

ردمك: ٥-٨٧-٧٠١-٩٩٦٠

١- العقود (فقه إسلامي) ٢- المعاملات (فقه إسلامي) أ- العنوان

ديوي ٢٥٣,١ ١٤٢٨/٣٠٦٣

رقم الإيداع: ١٤٢٨/٣٠٦٣

ردمك: ٥-٨٧-٧٠١-٩٩٦٠

ساعد على نشره ليباع بسعر التكلفة



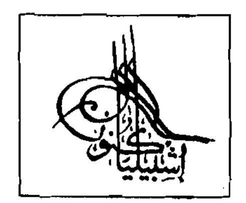
مؤسسة سليمان بن عبدالعزيز الراجحي الخيرية

SULAIMAN BIN ABDUL AZIZ AL RAJHI CHARITABLE FOUNDATION

- جزاهم الله خيراً -

الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م



دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٧٤٢٤٥٨– ٤٧٧٣٩٥٩ – ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس: ٤٧٨٧١٤٠

E-mail: eshbelia@hotmail.com

المقـدّمَـة

الحمد لله واسع العطاء والجود، أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود، أحمده وأشكره وهو الكريم الودود، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الملك المعبود، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صاحب المقام المحمود، والحوض المورود، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً متعاقباً إلى اليوم المشهود.

أما بعد:

فإن شريعة الإسلام، جاءت خاتمة لجميع الرسالات السماوية، فكانت شاملة لجميع نواحي الحياة، حائزة للأسباب التي تمكنها من البقاء، ففيها القواعد، و الضوابط التي لا تتغير بمرور الأزمنة، وتفاوت الأمكنة، فحددت للناس النهج الصحيح، والمسلك القويم، فبهذه الشريعة الغراء، تصلح النفوس، وتنتظم المعاملات، وتقوم الحياة على خير سبيل.

ولقد أولت هذه الشريعة (العقود) اهتماماً بالغاً؛ لما لها من أهمية في حياة الناس، فبالعقود تقضى مصالحهم، وتدار شؤونهم، ذلك أن الإنسان لا ينفك عن إبرام عقد من العقود، فجعلت للعقد قواعد تضبطه، ومعايير تحفظه. بها يدرك العاقد ماله من حقوق فيطالب بها، ولا يتجاوزها، وما عليه من التزامات فيؤديها، ولا يمنعها.

والأصل في العقود أن توصف باللزوم، وهذا الأصل ليس مطرداً في جميع العقود، فمنها ما يناسبه اللزوم وهو الأكثر، ومنها ما يناسبه الجواز وهو الأقل؛ لعدم حصول ضرر لوصفه بالجواز؛ ولأن صفة اللزوم في العقد من الصفات المهمة؛ إذ بموجبها لا يستطيع العاقد تركه، و فسخه إلا بعد رضا الطرف الآخر.

لهذا فقد اخترت أن يكون أحكام لزوم العقد موضوعاً لدراستي لنيل درجة العالمية العالية (الدكتوراه)، وقد تلخصت دوافع اختياري في الأسباب التالية:

أسباب اختيار الموضوع:

أولاً: أن لزوم العقد مسألة مهمة تترتب عليها الحقوق في أكثر المعاملات ، وهذا بطبيعة الحال يستلزم بيان ضابط اللزوم ، وما يترتب عليه من تبعات ، وآثار. كما أنه يستلزم بيان الموانع ، والسوالب التي تؤثر عليه ، الأمر الذي يعين على تصوره ، وفهمه ، ومعرفة أحكامه ، ومسائله بصورة واضحة.

ثانياً: أن جمع شتات مادة اللزوم التي ذكرها العلماء رحمهم الله في أبواب متعددة يتعلق اللزوم فيها بكل باب بحسبه ، يعين على إعطاء تصور واضح عن موقف الشريعة الإسلامية من اللزوم في العقود عموماً.

ثالثاً: لم يفرد هذا الموضوع حسب علمي ببحث مستقل ، يحدد مفهوم اللزوم ، وآثاره ، وسوالبه ، وموانعه ، بالصورة المطلوبة ؛ لذا رأيت من الأهمية بمكان أن تفرد هذه الجزئية ببحث يجمع شتات المادة العلمية المتعلقة بها .

رابعاً: أن في المادة المتعلقة بلزوم العقد مسائل خلافية كثيرة ، تحتاج إلى جمع أقوال العلماء رحمهم الله فيها ، مع العناية بنسبتها إلى مصادرها ، وتوثيقها توثيقاً علمياً ، وبيان أدلتهم النقلية ، والعقلية ، وأوجه دلالتها ، وما يرد عليها من ردود ، ومناقشات ، ثم بيان ما يترجح منها ، وفي تعرضي لمثل ذلك فائدة عظيمة كما لا يخفى.

ونظراً لهذه الأسباب رأيت أن أختار هذا الموضوع ، ودراسته.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة ، و تمهيد ، و ثلاثة أبواب ، وخاتمة .

التمهيد: وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول: تعريف اللزوم ، والالتزام.

المبحث الثاني: تعريف العقد.

المبحث الثالث: تعريف لزوم العقد.

المبحث الرابع: أقسام العقود.

الباب الأول: أركان لزوم العقد، وشروطها.

وفيه تمهيد، وثلاثة فصول:

الفصل الأول: الملزِم، و الملزَم، وشروطهما.

الفصل الثاني: الملزم به، وشروطه.

الفصل الثالث: صيغة لزوم العقد، وشروطها.

الباب الثاني: أنواع لزوم العقد.

وآثاره، وفيه فصلان:

الفصل الأول: أنواع لزوم العقد.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: العقد اللازم للطرفين معاً.

المبحث الثاني: العقد اللازم لأحد الطرفين.

المبحث الثالث: العقد الجائز الذي يؤول إلى اللزوم.

المبحث الرابع: العقد الجائز للطرفين.

الفصل الثاني: آثار لزوم العقد.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: آثار لزوم العقد في المعاوضات المالية.

المبحث الثاني: آثار لزوم العقد في التوثيق.

المبحث الثالث: آثار لزوم العقد في الإرفاق.

المبحث الرابع: آثار لزوم العقد في الأنكحة، وفروعها.

المبحث الخامس: آثار لزوم العقد في السير، والجهاد.

الباب الثالث: موانع اللزوم، وسوالبه.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: موانع لزوم العقد.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المانع العام للزوم العقد(الإكراه).

المبحث الثاني: المانع الخاص للزوم العقد (الخيار).

الفصل الثاني: سوالب لزوم العقد.

وفيه تمهيد، وأربعة مباحث:

المبحث الأول: الإقالة.

المبحث الثاني: الجائحة.

المبحث الثالث: العذر الطارئ.

المبحث الرابع: الرجوع في العقد.

الخاتمة: وقد اشتملت على أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحثي.

الفهارس.

منهج البحث:

اتبعت في بحثي المنهج التالي:

أولاً: جمعت ما ورد في هذا الموضوع، حسب الإمكان من نصوص الكتاب، والسنة، وكتب أهل العلم رحمهم الله.

ثانياً: عزوت الآيات القرآنية بذكر اسم السورة، ورقم الآية المستشهد بها.

ثالثاً: قمت بتخريج الأحاديث النبوية من مصادرها، فإن كان الحديث في الصحيحين، أو أحدهما اكتفيت بعزوه إليهما، أو إلى أحدهما، وإن كان في غيرهما قمت بتخريجه من مصدره في كتب السنة، ثم بينت صحته، وضعفه بالرجوع إلى أهل الاختصاص في ذلك.

رابعاً: إذا كانت المسألة من المسائل المتفق عليها، فإني أذكر نصاً ممن أورد إجماع العلماء رحمهم الله عليها، وأشير في الهامش إلى مواطن المسألة من كتب أهل العلم، وربما ذكرت الأدلة التي استند إليها الإجماع.

خامساً: إذا كانت المسألة من المسائل المختلف فيها، فإني أذكر أقوال أهل العلم رحمهم الله فيها، مبتدئاً بالقول الراجح، وبعد ذكر الأقوال في المسألة، أبين أدلة كل قول، مع العناية بوجه الدلالة ثم أقوم بذكر القول الراجح مع بيان سبب الترجيح، وقد التزمت ببيان المذاهب الأربعة رحمهم الله، وربما أشير إلى مذهب الظاهرية رحمهم الله، وأقوال السلف من الصحابة رضي الله عنهم، وغيرهم في بعض المسائل، أما إذا كان الخلاف خلافاً مذهبياً فإني لا أعتني بذكره، ما لم يكن هناك مذهب يوافق هذا الخلاف، وله دليل.

سادساً: وثقت الأقوال من الكتب المعتمدة في كل مذهب.

سابعاً: اعتنيت بشرح الكلمات اللغوية، والاصطلاحية بالرجوع إلى كتب اللغة، والمصطلحات العلمية، وفي التعريفات الفقهية الاصطلاحية اكتفيت بتعريف الحنابلة رحمهم الله، مع الإشارة في الهامش إلى مواضع التعريف عند المذاهب الأخرى، فإذا لم أعثر على تعريف للحنابلة رحمهم الله قمت بذكر تعريف غيرهم.

ثامناً: نظراً لطول البحث فقد تم اختصاره عند طبعه للنشر، فقمت حذف ترجمة جميع الأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة، كما تم حذف نصوص الفقهاء الدالة على مذهبهم، واختصرت بعض مواطن الخلاف مقتصراً على الراجح فقط، كما حذفت كثيراً من الفوائد المرتبطة بالبحث، ومن أراد المزيد فعليه بالرجوع إلى البحث الأصلي.

تاسعاً: وضعتُ فهارس للمراجع والمصادر، والموضوعات.

صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتني خلال البحث ما يلي:

أولاً: أن عبارات العلماء رحمهم الله تنص على أحكام اللزوم في بعض العقود، وأكثر ما يكون ذلك في البيع، وقد لا يعتنون بالنص على تلك الأحكام في غيره؛ اكتفاءً بأن البيع أصل لغيره من عقود المعاوضات، وحينئذ يصعب وجود نص صريح في بعض العقود، مما دفعني إلى الاستشهاد بعقد من العقود على عقد آخر، مما يصح إلحاقه به، ويلاحظ ذلك بارزاً في شروط لزوم العقد.

ثانياً: تفرق مادة البحث في أبواب مختلفة، وجزئياته مبثوثة في بطون الكتب، مما يدفع إلى البحث في مظان كثيرة، إضافة إلى أنني لم أتناوله على مذهب واحد، بل على المذاهب الأربعة، مع ذكر غيرها في بعض المسائل، مما يتطلب جهداً كبيراً في البحث عن المادة في مظانها في كتب المذاهب على اختلافها.

ثالثاً: عدم وجود دراسات متخصصة يمكن من خلالها الاستفادة من نتائج باحثيها، وتناول الموضوع بشكل أوسع.

وختاماً فإني أحمد الله عز وجل، وأشكره على ما أنعم به عليّ من إتمام هذا الموضوع، فهو سبحانه صاحب المنّة، والفضل، وأسأله أن يتقبل مني هذا العمل، وأن يوفقني لحسن القصد، وإصابة الحق، فما كان في هذا البحث من صواب فمن الله، وهو المانّ به سبحانه، وما كان فيه من خطأ، فأستغفر الله منه.

وصلى الله، وسلم على نبينا محمد، وعلى آله، وصحبه، ومن تبعهم إلى يوم الدين.

شكر وتقدير:

فإني أحمد الله سبحانه على ما منَّ به عليّ من إتمام هذا البحث، وأسأله أن يمدني بعونه، وأن يوفقني لشكره، وحسن عبادته، وانطلاقاً من أمر الله تعالى بشكر من له الفضل، فإني أشكر والديّ ـ حفظهما الله ـ فقد كانا لي نعم العون بعد الله سبحانه، وتعالى في طلبي للعلم، وتحصيلي له، فجزاهما الله عني خير الجزاء، وأسأله سبحانه أن يسدد خطاهما، ويسبل عليهما لباس الصحة، والعافية، ويطيل عمرهما، ويحسن عملهما.

كما أقدم شكري الجزيل لشيخي الفاضل الدكتور/ محمد بن محمد المختار بن محمد، فقد كان المربي لي، والمشرف عليّ في هذا البحث، فأعطاني من وقته الكثير، واهتم بهذا البحث غاية الاهتمام، وملكني بتواضعه، ونبل أخلاقه، مما جعلني أستفيد منه العلم، والأدب، طيلة سيري في هذا البحث، وأسأل الله أن يمنحه أجراً جزيلاً، وأن يرفع قدره، ويعلي مكانته.

كما أشكر القائمين على الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، خاصة كلية الشريعة، وقسم الفقه فيها على ما بذلوا من جهد، وذللوا من صعاب للعلم، وطلابه، سائلاً المولى سبحانه أن يضاعف لهم الأجر، والمثوبة.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر لكل من أفادني، وأعانني على إتمام هذه الرسالة، وإخراجها على هذا الوجه، إما بإعارة كتاب، أو إبداء ملحوظة، أو إسداء فائدة، أو تذليل عقبة، أو تصويب خطأ سائلاً الله تعالى لهم التوفيق، والسداد.

التمهيد

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف اللزوم، والالتزام.

المبحث الثاني: تعريف العقد.

المبحث الثالث: تعريف لزوم العقد.

المبحث الرابع: أقسام العقد.

المبحث الخامس: عناية الفقهاء بمصطلح اللزوم.



المبحث الأول

تعريف اللزوم، والالتزام

يشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول

تعريف اللزوم

المقصد الأول: تعريف اللزوم في اللغة

اللزوم في اللغة: مأخوذ من لَزِم، يقال: لَزِم الشيء يَلْزَمه، لُزوماً، وأَلْزَمته الشيء فالتزمه(١)، فلزم تدل على مصاحبة الشيء للشيء دائماً (٢)، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾ [الفرقان: ٧٧] أي: فسوف يكون تكذيبكم لزاماً لكم؛ يعني مقتضياً لهلاككم، وعذابكم، ودماركم في الدنيا، والآخرة(٣)، وقُرِيء (لَزَاما) بفتح اللام، فاللِّزام بالكسر مصدر لازم، لِزاماً؛ مثل: خاصم خصامًا، واللَّزام بالفتح مصدر لَزِم، مثل سَلِم سَلاماً أي: سلامة، فاللَّزام بالفتح اللزوم، واللِّزام الملازمة (٤)، وقوله تعالى: ﴿ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا وَأَجَلٌ مُّسَمًّى ﴾ [طه: ١٢٩] أي لكان العذاب لازماً لهم(٥)، ويقال: رجل لُزَمة، أي يلزم الشيء، فلا يفارقه، كما يقال: (لأضربنك ضربة تكون لَزامِ) أي ضربة يذكر بها، فتكون لَزاماً، أي لازمة(٦).

---

(١) الصحاح ٥/٢٠٢٩، لسان العرب ١٢/٥٤١، المصباح المنير ٢١١.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٥/٢٤٥.

(٣) تفسير القرآن العظيم ٦/١٤٣ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٣/٨٦ .

(٥) المصدر السابق ١١/٢٦٠ .

(٦) لسان العرب ١٢/٥٤٢ .

وقد يأتي اللزوم بمعنى الفصل في القضية، وهو مضاد للمعنى الأول؛ لأن الفصل في القضية يقتضي إبعاد الأشياء بعضها عن بعض، والملازمة للشيء، والدوام عليه يقتضي اتصال الأشياء بعضها ببعض، وعلى هذا الوجه يكون اللزوم من الأضداد[١]. وعلى معنى الفصل فسر ابن مسعود، وأُبيٌّ بن كعب، رضي الله عنهما قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾ [الفرقان: ٧٧]، بأنه ما نزل بهم يوم بدر؛ فإنه كان فيصلاً بين المؤمنين، والكافرين[٢].

ومن خلال هذا العرض لمعنى (لزم) يتبين أن المعنى الأول الذي يدل على الملازمة للشيء والدوام عليه هو الذي يناسب لزوم العقد؛ لأن المقصود به أن يستمر العاقدان على العقد، فلا يتم الفسخ بإرادة أحدهما، دون الآخر.

المقصد الثاني: تعريف اللزوم في الاصطلاح

لا يختلف معنى اللزوم في اصطلاح الفقهاء رحمهم الله عن المعنى اللغوي، فكما أن معنى اللزوم في اللغة هو الملازمة للشيء، والدوام عليه، فكذلك يقصد منه هنا ملازمة العقد للعاقد، وعدم الانفكاك عنه، إلا أن المعنى الاصطلاحي أخص؛ لتعلقه بالعقود، بخلاف اللغوي العام الذي يدل على عموم الإلزام سواء كان في العقود، أو في غيرها، كما أن في المعنى الاصطلاحي زيادة اشتراط الرضا؛ ولذا فإن الفقهاء رحمهم الله حينما يذكرون اللزوم في العقد يصرحون بأنه لا يحق لأحد الطرفين أن يفسخ العقد إلا برضا من الطرف الثاني.

قال الإمام الكاساني رحمه الله: «والعقد اللازم: لا يحتمل الفسخ»[٣] وقال القاضي عبد الوهاب رحمه الله في عقد الإجارة: «عقد لازم من الطرفين ليس لأحد

---

(١) لسان العرب ١٢/٥٤٢، النهاية في غريب الحديث ٤/٢٤٨.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٣/٨٦، تفسير القرآن العظيم ٦/١٤٣.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٩٩.

المتعاقدين فسخه، مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها»[1] وقال الإمام الماوردي، رحمه الله في الشركة: «فيصير عقد الشركة من العقود الجائزة، دون العقود اللازمة، فإذا فسخ أحدهما الشركة انفسخت؛ لأن العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها»[2] وقال الإمام الزركشي رحمه الله: «اللازم: ما لا يقبل الفسخ، أو لا يمكن الغير إبطاله، والجائز عكسه»[3].

فقد عبروا رحمهم الله بمصطلح اللازم الذي هو اسم فاعل من مادة لزم وقصدوا منه معنى واحداً، وهو ما لا يمكن فسخه من أحد طرفي العقد بدون رضا الطرف الآخر، وقد اتفقت جميع النقول المتقدمة على هذا، وقد أضاف الإمام الزركشي رحمه الله عبارة أخرى وهي قوله: (أو لا يمكن الغير إبطاله) وهي بمعنى ما نص عليه جميعهم، إلا أن هذه الجملة فيها شيء من العموم من جهة أن الغير يشمل المتعاقدين وغيرهما، وعبارة الجمهور خاصة بالمتعاقدين، إلا أن عبارات الجمهور وردت في العقود اللازمة للطرفين، وهي بطبيعة الحال لا يرتفع فيها اللزوم إلا برضاهما معاً، أما عبارة الإمام الزركشي رحمه الله فإنها عبرت عن اللزوم بصفة عامة سواء كان متعلقاً بالطرفين أو أحدهما؛ ولذلك جاء لفظ الغير عاماً، لكي لا يختص التعريف باللازم من الطرفين دون اللازم لأحدهما، وعليه فإن عبارة الإمام الزركشي رحمه الله تشمل جميع العقود اللازمة، وعبارات الجمهور رحمهم الله مناسبة بمعناها الخاص المتعلق بالعقود اللازمة للطرفين معاً.

وبناء على ذلك يمكننا أن نستخلص تعريف اللزوم بأنه: ما لا يمكن فسخه من أحد المتعاقدين، دون رضا الآخر ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به.

---

(١) المعونة ٢/١٠٩١، التلقين ٣٩٩.

(٢) الحاوي الكبير ٦/٤٨٤.

(٣) المنثور في القواعد ٢/٣٠٤.

فالفسخ هو النقض، والرفع، والإزالة، تقول: فسخت العقد فسخاً، أي رفعته، و فسخت البيع والأمر، أي نقضتهما، وفسخت المفصل عن موضعه، أي أزلته[١].

وعبر الفقهاء رحمهم الله بالفسخ؛ لأن من عادتهم أن يجعلوه مقابل اللزوم، ويكون مرادهم بالفسخ ارتفاع تأثير الإيجاب، والقبول[٢]، وهو يكون لشيء واقع، وبهذا تخرج العقود غير اللازمة، كالجائزة للطرفين مطلقاً؛ كعقد الوديعة، والوكالة، والشركة.

وعبارة "من أحد المتعاقدين": هي قيد يخرج به لو حدث الفسخ منهما جميعاً، فلا يظهر وجه للزوم العقد؛ لأن الحق لهما فإذا أسقطاه فلا إلزام، لكن النزاع، وظهور الإلزام بالعقد يكون عندما يريد أحد العاقدين الفسخ، والآخر لا يريده.

وعبارة " دون رضا الآخر"فيها احتراز عما إذا كان الفسخ برضا المتعاقدين فإنه يوجب زوال اللزوم للعقد.

وعبارة "ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به" يقصد بها العقد اللازم لأحد العاقدين، فمن كان اللزوم في جانبه لا يحق له الفسخ دون الطرف الآخر.

المطلب الثاني

تعريف الالتزام، والفرق بينه وبين اللزوم

تعريف الالتزام:

الالتزام في اللغة: معدى بالهمزة من الفعل لزم، فيقال: ألزمته؛ أي أثبته، وأدمته، والتزمته؛ أي اعتنقته فهو ملتزم[٣].

---

(١) لسان العرب ٣/ ٤٤، المصباح المنير ١٨٠ .

(٢) المنثور في القواعد ٢/ ٣٠٤ .

(٣) لسان العرب١٢/ ٥٤١، المصباح المنير ٢١١.

وفي الاصطلاح: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له.

أي ما لم يكن واجباً عليه من قبل، وهو بهذا المعنى شامل للبيع، والإجارة، والنكاح، وسائر العقود، واللام في قوله: لازمًا له، بمعنى على[1]. وهذا التعريف يؤخذ عليه أنه عرف اللزوم بمادته في قوله "إلزام"، ولهذا لو أبدل بلفظ التكليف لكان أنسب فيقال : تكليف الشخص نفسه ما لم يكن واجباً عليه.

الفرق بين اللزوم والالتزام:

هناك فرق بين اللزوم، والالتزام يظهر فيما يأتي :

أولاً: اختلافهما في التعريف فاللزوم: هو الذي لا يمكن فسخه من أحد العاقدين، دون رضا الآخر، وأما الالتزام فإنه: تكليف الشخص نفسه ما لم يكن واجباً عليه، فالأول تتعلق حقيقته بالمتعاقدين، والثاني تتعلق حقيقته بكل عاقد على حدة.

ثانياً: صفة اللزوم في العقد مستمدة من الشارع الحكيم، ولا يستطيع العاقد أن يغير صفة العقد من كونه لازماً إلى كونه جائزاً، أو العكس، أما الالتزام فإنه يأتي من قبل المكلف، فقد يلزم نفسه بالعقد كالبيع، و الإجارة، والنكاح، وغيرها من العقود، وإن لم تكن في الأصل لازمة له، فهو قبل إلزام نفسه بها غير ملزم، لكنه لما ألزم نفسه وجب عليه أن يفي بهذه العقود، فصار ملزماً بما تضمنه من الحقوق .

ثالثاً: اللزوم في العقود يبنى على الالتزام، وليس العكس؛ ذلك أن اللزوم لا يحدث إلا إذا كان هناك التزام، فإذا التزم المرء بعقد بيع، أو إجارة، أو نكاح، حصل اللزوم إذا تم ذلك العقد مكتمل الأركان، والشروط .[2]

---

(١) فتح العلي المالك ١/١٨١ .

(٢) المدخل الفقهي ١/٤٣٨.

رابعاً: اللزوم لا يحتاج إلى إثبات بعكس الالتزام، فلو ادعى شخص أن شخصاً التزم له بشيء، فإنه يلزمه أن يثبت ذلك إذا أنكره خصمه.[1]

أما اللزوم فلا يحتاج إلى إثبات إذا قام سببه، فإذا كان سبب اللزوم، وهو العقد سواء كان بيعاً، أو إجارة، ونحوها ثابتاً؛ فاللزوم لهذه العقود ثابت لا يحتاج إلى إثبات.

هذه بعض الفروق التي يفرق بها بين اللزوم، والإلزام، وبها يتبين اختلاف حقيقتهما، وأنهما ليسا بمعنى واحد، والله أعلم.

(١) تبصرة الحكام ١٤٦/١.



المبحث الثاني

تعريف العقد

يشتمل على مطلبين :

المطلب الأول

تعريف العقد في اللغة

العقْد: بسكون القاف مصدر استخدم اسماً فجمع(١)، يقال: عَقْد، وعقود، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١] والعقد: نقيض الحل(٢).

وللعقد في اللغة معانٍ منها:

الأول: الربط، والشد: يقال: عقد الحبل، إذا شدَّه، وربطه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمِن شَرِّ ٱلنَّفَّٰثَٰتِ فِي ٱلۡعُقَدِ ﴾ [الفلق: ٤] أي من السواحر اللواتي يعقدن في الخيوط، ويقال: عقد البناء، إذا ألزق بعضه ببعض بالجِّص(٣)، ومنه قولهم: عقد التاج فوق رأسه: إذا عصبه به، فقد قال ابن قيس الرُّقَيّات:

يعتقدُ التاجُ فوقَ مَفْرِقِه ... على جبينٍ كأنّه الذهبُ

الثاني: الالتواء: يقال: ظبيةٌ عاقد؛ إذا كانت تلوي عنقها، والأَعْقَد من التيوس، والظباء الذي في قرنه التواء، والعُقْداء من الشاة هي التي ذنبها كأنه معقود، وكل ملتوي الذنب أعْقَد، ومنه يقال: في لسانه عُقْدة، أو عَقَدٌ، أي التواء، قال تعالى عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام: ﴿ وَٱحۡلُلۡ عُقۡدَةٗ مِّن لِّسَانِي ﴾ [طه: ٢٧] ويقال:

---

(١) المفردات في غريب القرآن ٥١٠.

(٢) لسان العرب ٣/٢٩٦.

(٣) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٩، الصحاح ٢/٥١٠، لسان العرب ٣/٢٩٧.

جاء عاقداً عنقه، أي لاوياً لها من الكِبْر.[١]

وفي الحديث أنه ﷺ قال: **(من عَقَد لحيته، أو تقلّد وترًا، أو استنجى برجيع دابة، أو عظم؛ فإن محمداً ﷺ منه بريء)**[٢].

قيل: هو معالجتها حتى تتعقد، وتتجعد، وقيل: كانوا يعقدونها في الحروب فأمرهم بإرسالها وكانوا يفعلون ذلك تكبرًا، وعُجباً[٣]، وقيل: كان من عادة العرب: من له زوجة واحدة عقد في لحيته عقدة صغيرة، ومن كان له زوجتان عقد عقدتين.[٤]

الثالث: التراكم، والاجتماع: ومنه قولهم للأرض الكثيرة الشجر، والنخل: العُقْدة يقال: في أرض بني فلان عُقْدةٌ تكفيهم سنتهم، يعني مكانًا ذا شجر يرعونه.[٥]

الرابع: الاقتناء: يقال اعتقد مالاً، أو أخاً، أو ضيعة، بمعنى اقتنى.[٦]

الخامس: الملازمة: ومنه ما ورد في الحديث عنه ﷺ أنه قال في الخيل: **(الخيل معقودٌ في نواصيها الخير)**[٧] أي ملازم لها، كأنه معقود فيها[٨].

السادس: العزم: يقال: عقد قلبه على الشيء إذا لزمه، ومنه ما ورد عن المصطفى ﷺ أنه قال: **(لآمرنَّ بناقتي تُرحَّل، ثم لا أُحل لها عُقْدَةً حتى أقدم المدينة)**[٩] أي: لا

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٨، الصحاح ٢/٥١٠، لسان العرب ٣/٢٩٧.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند٤/١٠٨، وأبو داود ١/١٠، والنسائي ٨/١٣٥قال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني في تعليقه على مشكاة المصابيح: إسناده صحيح، مشكاة المصابيح للتبريزي١/١١٤.

(٣) النهاية في غريب الحديث ٣/٢٧٠.

(٤) بذل المجهود ١/٩٣.

(٥) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٨، الصحاح ٢/٥١٠، لسان العرب ٣/٢٩٩.

(٦) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٦، الصحاح ٢/٥١٠، لسان العرب ٣/٢٩٩.

(٧) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/٢١٥، صحيح مسلم ٣/٧٢.

(٨) لسان العرب ٣/٢٩٨، النهاية في غريب الحديث ٣/٢٧١.

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه مسلم ٤/١١٧.

أحل عزمي حتى أقدمها، قيل: أراد لا أنزل، فأعقلها حتى احتاج إلى حل عقالها[١]، ومنه قولهم عَقَد ناصيته، إذا غضب، وتهيأ للشر[٢].

السابع: الخثر، والغلظة: ومنه سمي اليَعْقِيد، وهو عسل يَعقِد حتى يَخثُر، ففي الحديث أن أبا موسى الأشعري ﷺ قال لرسول الله ﷺ: **(إن لهم شراباً من العسل يطبخ حتى يعقد...)**[٣] الحديث.

الثامن: الغموض: ومنه يقال: عَقّد فلان كلامه، إذا أعماه، وأعوصه.[٤]

التاسع: الوجوب، والإبرام، والإلزام: ومنه عقد البيع، والنكاح، والعهد، فإذا عهدت إلى فلان كذا فالمعنى أنك ألزمته ذلك، وإذا عاقدته، أو عقدت عليه؛ فالمعنى أنك ألزمته ذلك باستيثاق، وعلى هذا فعقد اليمين، والنكاح، والبيع: هو وجوبه، وإبرامه.[٥]

هذه مجمل المعاني التي ذكرها أهل اللغة لكلمة (عقد)، ويتضح من خلالها أن العقد يستخدم في المحسوسات، والمعنويات، واستعماله في المعنويات من باب الاستعارة[٦].

قال الإمام الراغب الأصبهاني رحمه الله: «العقد الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة، كعقد الحبل، وعقد البناء، ثم يستعار ذلك

---

(١) النهاية في غريب الحديث ٣/٢٧٠.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٦، الصحاح ٢/٥١٠، لسان العرب ٣/٢٩٨.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٦/٩٩.

(٤) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٧، الصحاح ٢/٥١٠، لسان العرب ٣/٢٩٨.

(٧) معجم مقاييس اللغة ٤/٨٦، لسان العرب ٣/٢٩٧.

(٦) الاستعارة هي إدعاء معنى الحقيقة في الشيء للمبالغة في التشبيه مع طرح ذكر المشبه، وهنا الاستعارة تخيلية وهي أن يستعمل مصدر الفعل في معنى غير ذلك المصدر على سبيل التشبيه.التعريفات ٢٠.

للمعاني نحو: عقد البيع، والعهد، وغيرهما»[1] ا.هـ.

وعند النظر في هذه المعاني للعقد فإنه يتبين لنا أن المتصل بموضوع البحث هو معنى الربط؛ لأن العقد الشرعي يتم فيه الارتباط بين العاقدين؛ ولذلك راعى العلماء رحمهم الله في تعريفهم الاصطلاحي للعقد هذا المعنى اللغوي بقولهم: ربط أجزاء التصرف شرعاً وهذا المعنى هو المناسب لموضوع البحث.

المطلب الثاني

تعريف العقد في الاصطلاح

للعقد عند الفقهاء رحمهم الله تعالى اصطلاحان:

المصطلح الأول: العقد بالمعنى العام.

المصطلح الثاني: العقد بالمعنى الخاص.

ولكل واحد من الاصطلاحين معنى يختص به، ويتميز به عن الآخر، وبيانهما فيما يلي:

الاصطلاح الأول: (العام):

يذكر الفقهاء العقد بمعناه العام، ويقصدون به شموله لما يلتزمه الإنسان، سواء كان ذلك في العبادات، أو المعاملات، فإذا ذكروا العقد في العبادات فمرادهم به الالتزام الذي يصدر من المرء، سواء كان لله تعالى، أو للمخلوق، وذلك كاليمين، والنذر ونحوهما، فإذا حلف بالله تعالى على فعل أمر، أو تركه؛ فقد ألزم نفسه بذلك الأمر، وكذا إذا نذر لله سبحانه و تعالى فعل شيء، أو تركه فإنه ملزم بتنفيذ ما نذر؛ ما لم يكن حراماً[2]، وكلا هذين الأمرين وهما اليمين، والنذر يعتبرهما

---

(١) المفردات في غريب القرآن ٥١٠.

(٢) يشهد لذلك الحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: **(من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه)** أخرجه البخاري في صحيحه ٢٣٣/٧.

الفقهاء عقداً من العقود، وإذا ذكروا العقد في المعاملات؛ فإن مرادهم به ما يبرمه المرء من بيع، وشراء، ونحو ذلك.

ولذا يرى كثير من العلماء رحمهم الله أن لفظ العقود في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ...﴾ [المائدة: ١] لفظ عام يشمل ما عقده المرء على نفسه لله تعالى من الطاعات، أو ما أبرمه من التزامات مع غيره، فقد ذكر الإمام القرطبي رحمه الله عن الحسن البصري رحمه الله عند قول الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ...﴾ [المائدة: ١] قوله: «ما عقده المرء على نفسه من بيع، وشراء، وعتق، وتدبير... وكذلك ما عقده على نفسه لله تعالى من الطاعات كالحج، والصيام، والاعتكاف، والقيام، والنذر" ثم أورد عن الإمام الزجاج رحمه الله نحواً من ذلك، وأعقبه بقوله: " وهذا كله راجع إلى القول بالعموم، وهو الصحيح في الباب»[1] اهـ.

فقد جعلوا ما أبرمه المرء على نفسه من البيع، والشراء، أو التزم به لله تعالى من الأيمان، والنذور وغيرها، جعلوه كله مندرجاً تحت مسمى العقد، والآية شاملة له. وقد استعمل هذا الإطلاق علماء الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، رحم الله الجميع. فمصطلح العقد يطلق بالمعنى العام الذي يراد به: الإبرام، والوجوب مع الخالق سبحانه وتعالى، أو المخلوق، وهذا يشمل النذر، واليمين، والبيع، والشراء، والجعالة، ونحوها، إلا أن النذر، واليمين يكون كل منهما عقداً بين المخلوق، والخالق سبحانه، بخلاف البقية فإن العقد فيها يكون بين المخلوق، والمخلوق.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦/٣٢، ٣٣.

(٢) العناية شرح الهداية ٥/٥٤.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٢/٥٢٦.

(٤) أحكام القرآن لإلكياالهراس ٣/٧-١١.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٤٧٧، أعلام الموقعين ٣/٣٨٥، الاختيارات ٥٦٣.

الاصطلاح الثاني: الخاص:

وهذا المصطلح الخاص يطلق العلماء رحمهم الله فيه كلمة العقد بمعنى معين وهو: (الإيجاب والقبول معاً). فقد عرف الإمام الجرجاني رحمه الله العقد بهذا المصطلح الخاص فقال: «ربط أجزاء التصرف شرعاً»[١].

فقوله ربط: المقصود منه تفسير معنى العقد حيث تقدم أن من معاني العقد الربط، وأن العقد يطلق على المحسوسات، والمعنويات، واستعماله هنا من المعنويات.

وقوله أجزاء: المراد بها الإيجاب، والقبول، فهما جزءا العقد؛ ولذلك فسر العلماء رحمهم الله أجزاء العقد بهما، قال الشيخ محمد أمين بن عابدين: " وقال في شرح الوقاية: العقد ربط أجزاء التصرف ـ أي الإيجابِ والقبول ـ شرعاً " اهـ[٢]

وقوله هنا أجزاء قيد يخصص العموم الموجود في المعنى اللغوي الذي لا يختص فيه الربط بشيء معين، بخلاف المعنى الشرعي هنا، فإن الربط في حقيقته مخصوص بجزيء الإيجاب، والقبول.

وقوله التصرف: هو مضمون العقد، كالمبايعة، والمؤاجرة وغيرها.

وقوله شرعاً: مأخوذ من قولهم: شرع الوارد إذا تناول الماء بفيه، والشريعة الموضع الذي ينحدر إلى الماء منها، وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم، والصلاة، والنكاح، وسائر أعمال البر[٣] وهذا قيد في التعريف يخرج العقود التي تكون مخالفة للشرع، أو العقود العرفية؛ فإنها لا تعتبر عقوداً مشروعة تترتب عليها الآثار اللازمة للعقود المشروعة.

---

(١) التعريفات ١٥٨، حاشية رد المحتار ٩/٣.

(٢) حاشية رد المحتار ٩/٣، شرح فتح القدير ١٧٧/٣، حاشية الدسوقي ٥/٣، مغني المحتاج ٣/٢، المغني ٥/٦.

(٣) معجم مقاييس اللغة ٢٦٢/٣، لسان العرب ١٧٧/٨، المصباح المنير ١١٨.

فالعقد المراد به هنا ما يشمل الإيجاب، والقبول معاً ؛ وبهذا يظهر مراد الفقهاء رحمهم الله بهذين الاصطلاحين للعقد، فالمصطلح العام يجعلونه شاملاً لما يعقده المكلف من عبادات، أو معاملات، ففي العبادات يعقد الإنسان مع الله تعالى عند قيامه بالطاعات، وفي المعاملات يعقد الإنسان مع غيره من المكلفين ما يلتزم القيام به.

وأما المصطلح الخاص: فهو ما كان مشتملاً على إيجاب، وقبول من الطرفين، وهذا المصطلح الخاص الذي يشتمل على الإيجاب، والقبول هو ما سوف أسير عليه في هذا البحث، فما كان من عقد يتطلب إيجاباً وقبولاً أدرجته، وإلا فلا، فأما الوقف، والوصية، والحوالة ؛ فهي عقود مختلف في حاجتها للقبول من الطرف الآخر، فعند فريق من أهل العلم رحمهم الله يشترط فيها القبول، بينما يرى آخرون منهم عدم حاجتها لقبول الطرف الآخر، وعلى هذا القول فإن مثل هذه العقود يكون الموقوف عليه، والموصى له، والمحال له نفع من هذا العقد، وسوف يطالب به عند منعه منه، والحيلولة بينه وبين الوصول إليه ؛ فتكون محل نزاع ؛ ولهذا أدرجتها في البحث من هذا الجانب.

المبحث الثالث

تعريف لزوم العقد

لم أطلع على من عرف لزوم العقد بتعريف مستقل، لكن يمكن أن نأخذ هذا التعريف من كلام العلماء رحمهم الله ، فقد تقدم معنا تعريف كل من اللزوم، والعقد وبيان المراد بهما عند الفقهاء رحمهم الله، ومن خلال تعريفهم الإضافي لهذين المصطلحين فإنه يمكن اقتباس التعريف اللقبي للزوم العقد، فيقال لزوم العقد: هو ربط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين ليس لأحدهما الفسخ، دون قبول الآخر.

هذا إذا كان العقد لازماً للطرفين، أما إذا كان لازماً لأحدهما، دون الآخر فإنه يمكن تعريفه بأنه: ربط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين يملك أحدهما الفسخ، دون الآخر.

المبحث الرابع

أقسام العقد

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب :

المطلب الأول

أقسام العقد من حيث الصحة[١] وعدمها

العقود التي تيم إبرامها إما أن تقع موافقة للشرع ؛ فتوجب ترتب الآثار عليها، وإما أن تقع مخالفة للشرع ؛ فلا توجب ترتب الأثر عليها ؛ ولذلك اتفق العلماء رحمهم الله على تقسيم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين[٢] :

القسم الأول: العقد الصحيح:

وهو: «ما استجمع أركانه، وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً»[٣] وإذا استجمع العقد هذه الأركان، والشرائط ترتب الأثر الشرعي عليه، ففي العبادات يترتب إجزاؤها، وهو الكفاية في إسقاط التعبد، فعلى سبيل المثال: الصلاة، إذا أوقعها المكلف كاملة بأركانها، وشرائطها المعتبرة حكمنا بصحتها، فترتب الأثر وهو إجزاؤها المتضمن للحكم ببراءة ذمة المكلف، وسقوط القضاء عنه، وفي العقود

---

(١) الصحة في اللغة : ضد السقم، وقد استعيرت الصحة للمعاني فقيل: صحت الصلاة، إذا سقط القضاء، وصح العقد، إذا ترتب عليه أثره، معجم مقاييس اللغة لابن فارس٣/٢٨١، لسان العرب لابن منظور٢/٥٠٧، المصباح المنير ١٢٧، والصحة في الاصطلاح : ترتب الأثر المطلوب من الفعل عليه، روضة الناظر ١/١٦٥.

(٢) كشف الأسرار ١/٢٥٩، بدائع الصنائع ٥/٢٩٩، حاشية العطار على جمع الجوامع ١/١٣٨-١٤٠، حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع١/١٥٥، المنثور في القواعد ٣/٧، الأشباه والنظائر ١/١٧٨، روضة الناظر ١/١٦٦، المسودة ٨٠.

(٣) كشف الأسرار ١/٢٥٩ .

يترتب أثرها من ملك وغيره[١]، فمثلاً: عقد البيع، إذا وقع من الطرفين بأركانه، وشرائطه المعتبرة، حكمنا بصحته، فترتب الأثر من انتقال الملكية للثمن والمثمن بموجب ذلك البيع الصحيح.

القسم الثاني: العقد غير الصحيح:

وهو الذي لم يستجمع الأركان، والشروط المعتبرة للحكم بصحة العقد شرعاً، وهذا القسم اختلف العلماء فيه على قولين:

القول الأول: أن غير الصحيح قسم واحد، وأن الباطل، والفاسد مترادفان، ويقابلان الصحيح، فإذا تخلف ركن، أو شرط فهو غير الصحيح، سواء قيل عنه باطل، أو فاسد، وإلى هذا القول ذهب الجمهور من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن غير الصحيح ينقسم إلى قسمين:

الأول: الباطل: وهو ما لم يكن مشروعاً بأصله، ووصفه، وأصل العقد: هو الركن، والمحل، فإذا كان الخلل راجعاً إلى ركن العقد - وهو عندهم الإيجاب، والقبول - بأن صدر من مجنون، أو صبي لا يعقل، فإن العقد باطل، وكذلك إذا كان الخلل راجعاً إلى المحل، بأن كان المبيع محرماً؛ كالميتة، أو الخنزير ونحوهما من المحرمات، فإنه يكون العقد عليه باطلاً.

---

(١) التحرير ٢٦٠، حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع١/١٠٠.

(٢) حاشية العطار على جمع الجوامع ١/١٣٨ - ١٤٧، حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع ١/١٠٥، الموافقات ١/٢٩١ - ٢٩٥.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ٥٩، تهذيب الأسنوي على منهاج الوصول ١/٤٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٨، المنثور في القواعد ٣/٧.

(٤) روضة الناظر ١/١٦٦، المسودة ٨٠.

وأما وصف العقد: فهو ما رجع إلى غير الركن، والمحل، كأن يكون غير مقدور التسليم، أو يكون فيه شرط مخالف لمقتضى العقد، كعدم تسليم المثمن في البيع، فهذا يرجع إلى وصف العقد لا إلى ركنه، ومحله.

الثاني: الفاسد: وهو ما كان مشروعاً بأصله، لا بوصفه.

فالركن، والمحل، وهما أصل العقد مشروعان، بأن كانا في البيع مالين مقومين، لكن حصل الخلل في الوصف كالشرط ونحوه، مثل أن يبيع، ويشترط شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحدهما، فإن العقد عندهم فاسد، لا باطل، فأصل العقد مفيد للملك، لكنه فاسد، وحرام؛ لأن الشرط محرم، وهو أمر زائد عن أصل البيع المشروع.

وهذا التقسيم ذهب إليه الحنفية رحمهم الله، [1]إلا أنهم استثنوا النكاح فقالوا: إن عقده إما صحيح، أو غير صحيح، ولم يفرقوا بين كونه فاسداً، أو باطلاً، إلا في نكاح المحارم.[2]

وهذا الخلاف بين الجمهور، والحنفية رحمهم الله في تقسيم العقد من حيث الصحة هو خلاف لفظي كما نص عليه بعض العلماء رحمهم الله[3]، لا سيما فيما يتعلق بصفة لزوم العقد، فلا يمكن وصف العقد بأنه لازم مع الحكم بفساده على مصطلح الحنفية رحمهم الله، وكذا على مصطلح الجمهور رحمهم الله، ولذا فكلا القولين يؤدي إلى نتيجة واحدة فيما يتعلق بموضوع البحث.

---

(١) حاشية رد المحتار ٥/ ٤٩.

(٢) كشف الأسرار ١/ ٢٥٩، شرح التلويح على التوضيح ١/ ٢١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٧.

(٣) شرح مختصر الروضة ١/ ٤٤١، حاشية البناني على شرح المحلى ١/ ١٠٥، حاشية رد المحتار ٥/ ٤٩.

المطلب الثاني
أقسام العقد من حيث اللزوم وعدمه

عند النظر في تقسيمات العلماء رحمهم الله للعقد من حيث اللزوم، وعدمه نجدها لا تخرج عن أربعة أقسام:

القسم الأول: العقد اللازم للطرفين معاً:

وفي هذا القسم تكون صفة اللزوم متعلقة بالطرفين، فلا يحق لأحدهما أن يقوم بفسخ العقد بدون رضا الطرف الثاني، وذلك كالبيع[١]، والإجارة[٢]، والنكاح[٣]، فهذه عقود كلها لازمة، لا يملك فيها أحد المتعاقدين الفسخ بدون رضا الطرف الآخر.

القسم الثاني: عقد لازم لأحد الطرفين:

وفي هذا القسم من العقود يكون اللزوم متعلقاً بأحد الطرفين، دون الآخر، بحيث يكون الطرف الثاني من حقه الفسخ بدون رضا الطرف الأول، ومن أمثلة هذا القسم: الضمان فإنه لازم في طرف الضامن، جائز في طرف المضمون له[٤]، وهكذا الكفالة، فهي لازمة في جهة الكفيل، جائزة في جانب المكفول له[٥].

القسم الثالث: عقد جائز يؤول إلى اللزوم:

وفي هذا القسم يكون أصل العقد الجواز، لكن ينقلب إلى اللزوم في بعض مراحله، كالجعالة، والقرض، والهبة، فلو قال في الجعالة مثلاً: من رد علي دابتي المسروقة، أو عبدي الآبق فله مائة دينار، فجاء شخص بالدابة، والعبد، فإن الجعالة

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٤٣، الذخيرة ٥/٢٠، الحاوي الكبير ٥/٢٨، المغني ٦/٣٠.

(٢) المبسوط ١٦/٢، المعونة ٢/١٠٩١، نهاية المحتاج ٥/٣١٧، المقنع ٢/٢١١.

(٣) المبسوط ٥/٩٥، حاشية الدسوقي٢/٢٢١، المنثور في القواعد ٣/٤٧، المغني ٩/٤٦٤.

(٤) الهداية ٣/٤٣٣، عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٥٩، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، المغني ٧/٨٦.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم٣٣٦، الحاوي الكبير ٥/٢٩، المغني ٦/٤٩.

هنا يحكم بلزومها، لكن قبل أن يشرع في رده فإن عقدها يكون غير لازم للطرفين[١].

وأما القرض فإنه قبل أن يتم القبض يكون جائزاً لكلا الطرفين، فإذا تم القبض تحول إلى اللزوم[٢].

وأما الهبة فإنه إذا قال له: وهبتك دابتي، فقبل الموهوب له فإن العقد بينهما جائز ما لم يتم قبض الهبة، فإذا قبضت آل العقد إلى اللزوم.[٣]

القسم الرابع: عقد جائز للطرفين:

وفي هذا القسم يكون العقد غير لازم لأحد العاقدين، ولا يؤول إلى اللزوم في بعض مراحله، بل يوصف بعدم اللزوم على الدوام، كالشركة، والوديعة، والوكالة.

فالشركة يملك فيها المتعاقدان الحق في فسخها متى شاءا، ولا يلزم أن يتم ذلك عن رضا كلا الطرفين، فلو فرض أن أحدهما يريد الفسخ، والآخر لا يريده، فإن الشركة تفسخ؛ لأنها من العقود الجائزة.[٤]

والوديعة إذا تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين، فإن كلاً منهما يكون بالخيار متى شاء رجع ففسخ عقدها، ولو لم يرض الطرف الآخر، فللمودِع الحق في استرجاع الوديعة متى شاء، ولو حدد لها وقتاً، وهكذا للمودَع الحق في ردها إلى صاحبها، والرجوع عن حفظها متى شاء، ولو لم يرض المودِع[٥]. وفي الوكالة يملك كل من الموكل، والوكيل الحق في فسخ عقد الوكالة متى شاء، ولا يشترط أن يرضى الطرف

---

(١) التلقين ٢/٤٠٥.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٦٥، الإنصاف ٥/١٣٠، الاختيارات الفقهية ٢٣٠، أعلام الموقعين ٣/٣٦٢، السيل الجرار ٣/١٤٤.

(٣) المهذب ١/٤٥٤، روضة الطالبين ٥/٣٧٥، الإنصاف ٧/١١، كشاف القناع ٤/٣٠٣.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٧٧، الذخيرة ٨/٥٠، روضة الطالبين ٤/٢٨٣، المغني ٧/١٣١.

(٥) بدائع الصنائع ٦/٣٧، المعونة ٢/١٢٤٢، الحاوي الكبير ٦/٥١١، المقنع ٣/١٥١.

الآخر عن فسخه[١].

وهناك قسم متردد بين الجواز، واللزوم[٢]، وقد أشار إليه كل من الإمامين: الموفق ابن قدامة المقدسي، وجلال الدين السيوطي رحمهما الله؛ لكن عند التأمل يتبين أن هذا القسم يؤول إلى أحد الأقسام السابقة؛ لأن التردد راجع إلى الخلاف المذهبي من جهة الحكم عليه في المذهب، لا من الجهة الحقيقة؛ لأنه عندما تردد فيه منهم من رجح وصفه باللزوم، ومنهم من رجح وصفه بالجواز فهو في الحقيقة آيل إلى اللزوم، أو عدمه، ولذلك لا حاجة إلى إفراده بقسم مستقل؛ لأنه مندرج تحت الأقسام السابقة عند بت الخلاف، والترجيح فيه، ويعتبر ذكر العلماء رحمهم الله له مهماً لبيان حكمه في المذهب، وليس لذلك تأثير في التقسيم هنا.

وبناء على ما تقدم فإنه يمكننا أن نقسم العقد اللازم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: العقد اللازم للطرفين، ومن أمثلته البيع، والإجارة، والنكاح.

القسم الثاني: العقد اللازم لأحد الطرفين دون الآخر، ومن أمثلته الرهن، والضمان، والكفالة.

القسم الثالث: العقد الجائز في أول حال، اللازم في ثاني حال، ومن أمثلته الجعالة، والقرض، والهبة.

فهذه الثلاثة الأقسام هي مدار الحديث في موضوع بحثي، وهي محل التفصيل فيه، أما العقد الجائز الذي لا يكتسب اللزوم في حال من أحواله، فسوف أذكره بإيجاز؛ لأنه لا يتضمنه اللزوم ولا يشمله.

---

(١) بدائع الصنائع ٢٠٧/٦، الذخيرة ١٤٣/٩، منهاج الطالبين ١١٤/٣، المغني ٢٦٨/٩.

(٢) المغني ٤٩/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٢.

المطلب الثالث

أقسام العقد من حيث النفاذ[١] وعدمه

عبر العلماء رحمهم الله بمصطلح النفوذ في الدلالة على مضي العقد، واعتباره، ويشهد لذلك قول الإمام النووي رحمه الله: «الرابع: الملك لمن له العقد، فبيع الفضولي باطل، وفي القديم موقوف إن أجاز مالكه نفذ، وإلا فلا»[٢]اهـ.

كما عبروا بمصطلح العقد الموقوف في الدلالة على عدم إجازة العقد، وتعليقه، قال الإمام السرخسي رحمه الله: «... البيع انعقد من الغاصب موقوفاً على إجازة المالك؛ فإن من أصلنا: أن ماله مجيز حال وقوعه يتوقف على الإجازة، وأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء»[٣] اهـ.

وقال الإمام النووي رحمه الله: «فلو باع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية فقولان: الصحيح: أن العقد باطل...، والقول الثاني: وهو القديم أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز صح البيع، وإلا لغا« اهـ[٤].

هذا فيما يتعلق بالبيع، وأما الوصية بما زاد عن الثلث لغير وارث فإنه يقف على إجازة الورثة فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل، وقد حكى الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله إجماع أهل العلم على ذلك[٥].

---

(١) النفاذ في اللغة: قال ابن فارس رحمه الله: [النون، والفاء، والذال أصل صحيح يدل على مضاء في أمر وغيره، وهو نافذ ماضٍ في أمره] اهـ معجم مقاييس اللغة لابن فارس٥/٤٥٨، كما يستعمل النفاذ لمعان أخرى ينظر لسان العرب ٣/٥١٤.

(٢) منهاج الطالبين ٢/٢١.

(٣) المبسوط ١١/٦١، ينظر: القوانين الفقهية ٢٥٠.

(٤) المجموع ٩/٣١٢، ينظر: المغني ٧/٣٩٩.

(٥) المغني ٨/٤٠٤، حاشية رد المحتار ٦/٦٦٧، المعونة ٣/١٦٢٠، الكافي لابن عبد البر ٢/١٠٢٤، الحاوي الكبير ٨/١٩٤.

فيتبين مما تقدم اعتبار العلماء رحمهم الله لمصطلح النفوذ، ، وأنهم استعملوا في الدلالة على معناه مصطلح الجواز أيضاً، كما استعملوا في الدلالة على ضدهما مصطلح الوقف، وعلى هذا فإن العقد ينقسم من خلال هذه المصطلحات إلى قسمين:

وبيانهما فيما يلي:

القسم الأول: العقد النافذ (الجائز):

وقد عرفه ابن عابدين رحمه الله بقوله: «وهو ما كان مشروعاً بأصله، ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير»[(١)] اهـ.

وهذا التعريف يتفق مع ما عليه الجمهور من وصف العقد الذي اكتملت أركانه، وشروطه، ولم يتوقف على إذن الغير بكونه عقداً نافذاً، ومن ثم حكموا بترتب الآثار الشرعية عليه.

القسم الثاني: العقد الموقوف:

إذا كان العقد النافذ هو: (ما كان مشروعًا بأصله، ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير) كما تقدم في تعريف الشيخ محمد أمين بن عابدين رحمه الله؛ فإن العقد الموقوف عكسه وهو (ما كان مشروعاً بأصله ووصفه وتعلق به حق الغير).

وقد شاع عند العلماء رحمهم الله استخدام مصطلح الوقف في العقد عندما يذكرون مسألة تصرف الفضولي، سواء كان ذلك التصرف بيعاً، أو إجارة، أو هبة، أو وقفاً وغيره[(٢)]. كما يظهر تعبيرهم بالوقف في تصرفات الغاصب[(٣)]، والوصية بما زاد عن الثلث لغير وارث[(٤)].

---

(١) حاشية رد المحتار ٥/٥٠ .

(٢) المبسوط ١١/٦١ ، القوانين الفقهية ٢٥٠، ٢٥١، المجموع ٩/٣١٢. المغني ٧/٣٩٩ .

(٣) المغني ٧/٣٩٩ .

(٤) المغني ٨/٤٠٤، حاشية رد المحتار ٦/٦٦٧، المعونة ٣/١٦٢٠، الكافي لابن عبد البر ٢/١٠٢٤، الحاوي الكبير ٨/١٩٤.

وهذا التقسيم له تأثير في وصف العقد باللزوم، فالعقد الموقوف لا يعتبر لازماً، لتخلف أحد شروط لزوم العقد في العاقد، لأن العاقد يشترط فيه أن يكون له حق التصرف في المعقود عليه إما أصالة، أو نيابة، أو ولاية.[1]

المطلب الرابع

أقسام العقد من حيث وجود العوض[2] وعدمه

العقود تختلف أحوالها فتارة يكون العوض موجوداً فيها، وتارة لا يكون موجوداً، وإذا وجد العوض فإنه قد يكون مقصوداً قصداً محضًا بحيث لا يوجد معه قصد آخر، وقد يكون بخلاف ذلك فينضم إلى قصد العوض من العقد قصد آخر، ولهذا قسم الفقهاء رحمهم الله العقد من حيث وجود العوض، وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: عقد معاوضة:

وهو الذي تكون المعاوضة فيه، والمبادلة مقصودة، وهو على نوعين:

الأول: معاوضة مالية محضة، أو صرفة: وهي التي يكون المال فيها مقصوداً من الجانبين حقيقة كالبيع، والسلم، أو حكماً كالإجارة؛ فإن المنفعة تقوم مقام الأعيان المالية المحسوسة، فإن قصد المالية، لما كان موجوداً من الطرفين مجرداً عن قصد آخر؛ وصفت هذه العقود بكونها مالية محضة، ففي البيع يدفع المشتري الثمن في مقابل المثمن؛ فيقصد المشتري المثمن، ويقصد البائع الثمن، ويتمحض القصد منهما بالمالية من هذا الوجه.

وفي السلم يقصد المسلِم المثمن المؤجل، ويقصد المسلم إليه الثمن المعجل، ويتمحض القصد منهما بالمالية الموجودة في الثمن، والمثمن.

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٨/٥، الاختيار ١٥٦/٢، الكافي لابن عبدالبر٧٨٧/٢، بداية المجتهد ٣١/٥، التنبيه ١٠٨، مغني المحتاج ٢٠/٢، المقنع ٧/٢، زاد المستقنع ٦٦.

(٢) العوض في اللغة: مأخوذ من قولهم: عاض، يعوض، عوضا، والاسم العوض، وهو البدل للشيء، وجمعه أعواض. معجم مقاييس اللغة ١٨٨/٤، لسان العرب ١٩٢/٧، المصباح المنير ١٦٦، .والعوض في الاصطلاح: ما يبذل في مقابلة الشيء .المطلع على أبواب المقنع ٢١٦.

وفي الإجارة يقصد المؤجِّر الثمن، فيمكّن المستأجر من العين لاستيفاء المنفعة، ويقصد المستأجر المنفعة، فيدفع في مقابلها الأجرة، ويتمحض القصد منهما بالمالية الموجودة في كل من الأجرة، ومنفعة العين التي تقوم مقام الأعيان المالية المحسوسة.

الثاني: معاوضة مالية غير محضة أو غير صرفة: وهي التي يكون فيها المال غير مقصود قصداً محضًا، وهذا النوع من المعاوضات يقع على أضرب:

الضرب الأول: أن يقصد العوض مع المكارمة: كما في النكاح فإنه يقصد منه مع المالية المكارمة، فلم يتمحض بقصد المالية.

الضرب الثاني: أن يقصد العوض مع دفع الضرر: كما في الخلع؛ فإنه يقصد منه دفع الضرر، مع انتفاع الزوج بالمال المسترد، فلم يتمحض قصد المالية فيه، فالمال المدفوع، وهو المال المُسْتَرَد اقترن بقصد المرأة دفع ضرر بقاء عقد النكاح، كما اقترن بأخذ الزوج له قصد دفع الضرر المترتب على تطليقه بدون عوض، مع أن سبب الطلاق، والفراق من الزوجة لا منه.

الضرب الثالث: أن يقصد العوض مع الإحسان والرفق: كما في المضاربة، فإن رب المال أحسن إلى العامل بالمال، وأحسن العامل إلى رب المال بالعمل، فكل منهما أحسن إلى الآخر وعاوضه.

وفي هبة الثواب يعاوض كل من الطرفين الآخر بهبة مقابل هبته، مع أنه يقصد المعروف والمحبة، فكانت رفقاً، ومعاوضة من هذا الوجه.

القسم الثاني: عقد تبرع:

وهو الذي يكون المقصود فيه الإحسان الصرْف من أحد المتعاقدين، دون الآخر، ومن أمثلة هذا العقد: الوديعة، والعارية، والهبة لغير الثواب، والقرض.

فإن هذه العقود يبذل فيها الشيء من أحد المتعاقدين، دون أخذ عوض في مقابله من الطرف الثاني.

فالوديعة محض تبرع بحفظ الشيء من المُودَع دون عوض يؤخذ من المُودِع في

مقابل هذا التبرع.والعارية حينما يبذلها المعير فإنما يريد الرفق بمن أعاره، دون أن يقصد من تلك العارية عوضاً يأخذه من المعار.

وفي الهبة لغير الثواب يكون مراد الواهب أن يحسن إلى الموهوب، فلا يقصد منها عوضاً يأخذه ممن وهب له.

وأما القرض فإن المقرض يقصد من ذلك القرض التوسعة على المقترض، فإنه ما لجأ إلى القرض إلا من حاجة، فإذا زالت تلك الحاجة، وفاض المال في يده قام برد ما اقترضه دون زيادة، فكان الغرض من القرض الرفق بالمقترض، دون أن يكون هناك قصد للعوض.

وحينئذ يكون العوض معدومًا ؛لعدم قصده من الباذل الذي قصد محض الإحسان، والتبرع، ويكون الإحسان هو المقصود من أحد المتعاقدين، دون الآخر[1].

وبهذا يتبين أن العقد: إما أن يكون معاوضة، أو تبرعاً، وأن المعاوضة: إما أن تكون مالية محضة، أو تكون مالية غير محضة، وأن غير المحضة: إما أن يقصد مع العوض المكارمة، أو دفع الضرر، أو الرفق، والله أعلم.

المطلب الخامس

أقسام العقد من حيث وجود التأقيت[2] وعدمه

التأقيت في العقود هو: قبول العقد لمدة زمنية ينقضي بانتهائها، وقد قسم العلماء رحمهم الله العقد من حيث قبوله لتحديد المدة، وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

---

(١) المنثور في القواعد ٤٠٢/٢، نهاية المحتاج ٧/٤، الفروق ١٥٠/١ ـ ١٥١، الذخيرة ٣٠/٧، المغني ٤٨/٦ ـ ٤٩، القواعد ٧٨ ـ ٨٣.

(٢) التأقيت: مأخوذ من قولهم: وقّت الشيء، يؤقته إذا بين حده، وكل شيء قدَّرت له حيناً فهو مؤقت، وكذلك ما قُدرت غايته فهو مؤقت، فالتأقيت: أن يجعل للشيء وقتاً يختص به، وهو بيان مقدار المدة. معجم المقاييس اللغة ١٣١/٦ ـ ١٣٢، لسان العرب ١٠٧/٢، المصباح المنير ٢٥٦.

القسم الأول: العقد المؤقت:

وهو العقد الذي يتحدد بالمدة المعينة من الزمان كالإجارة الزمانية، والسلم، والكتابة، والهدنة على قول الجمهور من المالكية، [١]والشافعية، [٢]والحنابلة[٣] رحمهم الله بوجوب تأقيتها.

فعقد الإجارة الزمانية تحدد فيه المدة، فلو استأجر داراً، أو عاملاً باليوم، أو الشهر، أو السنة فإن الاستئجار على هذا الوجه مقيد بالزمن الذي لا يجوز إطلاقه حتى لا يكون غرراً، [٤]وفي السلم يتم ضرب مدة يتم فيها تسليم المسلم فيه، وفي الكتابة، يقوم المكاتب بدفع الأقساط في وقتها، وهكذا الهدنة على القول بتحديدها كما تقدم يجب أن يُضرب لها أجلُ مسمى تنتهي إليه[٥].

القسم الثاني: العقد غير المؤقت:

وهو العقد الذي لا يتحدد بمدة معينة من الزمان كالبيع، والنكاح، والوقف. فلو باع عيناً، أو أوقفها؛ فإنه لا يصح أن يحدد مدة زمانية لهذه العقود تنتهي بانتهائها؛ لأن مقصود البيع التمليك، والتأقيت يخالفه، فإذا باع العين انتقلت إلى المشتري ملكاً إلى الأبد، وهكذا الوقف لا يصح أن يوقف داراً لمدة محددة؛ لأن التأقيت لا يتفق مع تحبيس الأصل، فالواقف يحبس أصل الوقف، فلا يملك أن

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٢٠٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٦.

(٣) المغني ١٣/١٥٥، ينظر بدائع الصنائع ٧/١٠٩، حيث ذكر أن الهدنة تكون مؤقتة وغير مؤقتة.

(٤) قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: (..أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة؛ كشهر، وسنة، ولا خلاف في هذا نعلمه؛ لأن المدة هي الضابط للمعقود عليه المعرِّفة له فوجب أن تكون معلومة) اهـ المغني ٨/٨.

(٥) حاشية الدسوقي ٢/٢٠٦، الأشباه والنظائر للسوطي ١٧٦، المغني ١٣/١٥٥.

يتصرف فيه بعد صدور الوقف منه[١]، ومثله النكاح فلا يصح أن يتزوج امرأة لمدة محددة ؛ لأنه يكون نكاح المتعة[٢] المنهي عنه شرعاً[٣].

القسم الثالث: العقد الذي يقبل التأقيت وعدمه:

ومن أمثلة ذلك الوكالة، والوصاية، والقرض، والعارية، والوديعة، فإنه يصح تحديدها بمدة زمنية، وإطلاقها بحيث تكون خالية من المدة، فلو وكّل شخصاً دون أن يقيِّد وكالته بمدة معينة صحت وكالته، وكان وكيلا إلى أن يعزله، وإذا حدد مدة انتهت الوكالة بانتهائها[٤]، وهكذا الوصاية، [٥] والقرض[٦]، والعارية[٧].

---

(١) الاختيار ٤٢/٣، روضة الطالبين ٣٢٥/٥، الإنصاف ٣٥/٧.

(٢) هو: من التمتع بالشيء، والانتفاع به، وهو شرعاً: أن يتزوج المرأة إلى مدة، المقنع ٤٨/٣، المطلع على أبواب المقنع ٣٢٣.

(٣) لقوله ﷺ: (يا أيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة..) الحديث، أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٢/٤.

(٤) مغني المحتاج ٣٠٢/٢، كشاف القناع ٤٦٢/٣.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٦ .

(٦) النتف في الفتاوى ٤٩٣/١، عقد الجواهر الثمينة ٥٦٥/٢، روضة الطالبين ٣٤/٤، كشاف القناع ٣١٦/٣.

(٧) النتف في الفتاوى ٥٨٢/٢، بلغة السلك ٢٠٨/٢، منهاج الطالبين ٣٦٨/٢، المغني ٣٤٩/٧.

المبحث الخامس

عناية الفقهاء رحمهم الله بمصطلح اللزوم

إن الناظر في كتب الفقهاء رحمهم الله يدرك إدراكاً لاشك فيه الجهد المبذول منهم في تقصي المسائل الفقهية الواقعة في عصرهم، أو المتوقع حدوثها، ولذا فمن النادر أن تجد مسألة إلا وقد بين الفقهاء رحمهم الله حكمها الشرعي ودليله غالباً، أو على الأقل نبهوا على أصولها، وقواعدها؛ وما ذلك إلا لكمال الشريعة الإسلامية، وشمولها لمناحي الحياة، تحقيقاً لقول المولى عز وجل: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا...﴾ [المائدة: ٣] فلم يقف علماء الإسلام رحمهم الله أمام نازلة من النوازل مكتوفي الأيدي، بل قاموا بدراستها، وبحثها، وبيان حكمها المستمد من الكتاب، والسنة، وأقوال الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم، ومصطلح (اللزوم) هو مما عُني به العلماء رحمهم الله، ويدل على هذه العناية عدة أمور يمكن أن نوجزها فيما يأتي:

أولاً: عنايتهم ببيان حقيقة مصطلح اللزوم، وضده من الجواز؛ مما أعان على كشف معناه وإدراكه[1].

ثانياً: عنايتهم بوصف العقد به، سواء كان العقد من العقود المالية كالبيع، أو غيره كالنكاح، فلا تكاد تنظر في عقد من العقود إلا وجدتهم قد بينوا صفته، وأوضحوا لزومه للطرفين، أو لأحدهما، أو كونه جائزاً يتحول إلى اللزوم في بعض أحواله[2].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٩٩، البحر الرائق ٦/٢٩، المعونة ٢/١٠٩١، الكافي لابن عبدالبر٢/٧٦٧، المهذب ١/٤٠٧، المنثور في القواعد ٢/٣٠٤، المغني ٨/٢٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٤٣، المهذب ٢/٤٣، المعونة ٣/١٥٩١.

ثالثاً: أن الفقهاء رحمهم الله بعد وصف العقد باللزوم، أو عدمه يذكرون الآثار المترتبة على ذلك فإن كان لازماً بينوا أنه لا يحق لأحد الطرفين ترك العقد؛ إلا بعد رضا الطرف الآخر، [1] ويذكرون كذلك المسوغات لترك العقد، والتي تعتبر سوالب للزوم العقد.[2]

رابعاً: أن الفقهاء رحمهم الله اعتنوا بالتنبيه على كون اللزوم أصلاً في العقود؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود عليه بين الطرفين، وقد صرح بهذا الإمام شهاب الدين القرافي رحمه الله حيث يقول: «الأصل في العقود اللزوم؛ ذلك أن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللزوم؛ دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود»[3]اهـ.

خامساً: دراستهم للعقود، وبيان ما مصلحته الحكم بلزومه، وما هو بخلاف ذلك مما تكون مصلحته متحققة في حال الحكم بعدم لزومه، وقد اعتنى بتفصيل ذلك، وبيانه الإمام أبو محمد عز الدين بن عبد السلام رحمه الله حيث بين أن التصرفات على أنواع من حيث مصلحة اللزوم وعدمه، وجعل هذه الأنواع ثلاثة:

النوع الأول: ما لا تتم مصالحه، ومقاصده إلا بلزومه ومن طرفيه كالبيع، والإجارة والأنكحة، فالبيع، والإجارة لو كانا جائزين لما وثق كل واحد من المتعاقدين بالانتفاع بما صار إليه، ولبطلت فائدة شرعيتهما؛ إذ لا يأمن من فسخ صاحبه، وفي النكاح فمقاصده لا تحصل إلا بلزومه، ولا يثبت فيه خيار مجلس، ولا خيار شرط؛ لما في ذلك من الضرر على الزوجين في أن يرد كل واحد منهما رد السلع.

---

(١) المبسوط ٢/١٦، المعونة ١٠٩١/٢، نهاية المحتاج ٣١٧/٥، المقنع ٢١١/٢.

(٢) نهاية المحتاج ٣٥٤/٤، مغني المحتاج ٢٢٥/٢.

(٣) الفروق ١٣/٤.

النوع الثاني: ما تكون مصلحته في جوازه من طرفيه كالشركة، والوكالة، والودائع.

النوع الثالث: ما تكون مصلحته في جوازه من أحد طرفيه، ولزومه من الطرف الآخر كالرهن، والكتابة، وعقد الجزية[1].

فمما تقدم تبينت العناية التي أولاها الفقهاء رحمهم الله مصطلح اللزوم في العقود بأنواعها المالية وغيرها، سواء ما يلزم الطرفين أو أحدهما.

(١) قواعد الأحكام ١٢٥-١٢٨.

الباب الأول

أركان لزوم العقد، وشروطها

وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

الفصل الأول: الملزِم، والملزَم، وشروطهما.

الفصل الثاني: الملزم به، وشروطه.

الفصل الثالث: صيغة لزوم العقد، وشروطها.

الفصل الأول

الملزِم والملزَم، وشروطهما

تمهيد

المراد بالملزِم، والملزَم في العقود طرفا العقد، وشخصية الملزِم، والملزَم تختلف بحسب اختلاف العقود، فإن كان العقد من العقود اللازمة للطرفين كان كل واحد من طرفي العقد ملزِماً، وملزَماً وهذا من باب المفاعلة، وهي تقتضي المقابلة فكما أنه ملزِم لغيره، فإنه كذلك ملزَم من ذلك الغير.

ففي عقد البيع مثلاً يكون البائع ملزِماً للمشتري بدفع الثمن، واستلام المثمن، والمشتري ملزِماً للبائع بتسليم المثمن، واستلام الثمن، فكل من البائع، والمشتري ملزِم للغير، وملزَم منه في نفس الوقت.

وفي عقد النكاح يكون الزوج ملزِماً للزوجة بطاعته، وامتثال أمره، وأداء الحقوق الواجبة عليها، والزوجة ملزِمة للزوج بتسليم المهر، والنفقة، ونحوها من الحقوق الواجبة عليه لها، فكان بذلك كل من الزوج، والزوجة ملْزَماً من وجه، وملْزِماً لغيره من وجه آخر.

وإن كان العقد لازماً من أحد الطرفين، دون الآخر، فإن العاقد الذي يوصف العقد في جانبه بالجواز يكون طرفاً ملزِماً، ويكون الطرف الآخر الذي يوصف العقد في جانبه باللزوم ملزَماً، لا ملْزِماً.

ففي عقد الجعالة بعد تمام العمل يكون العامل ملزِماً للجاعل بدفع الجُعل الذي وعد به، فالجاعل ملزَم من قبل العامل، وليس الجاعل بملزِم للعامل، لأن العقد في جانبه غير لازم.

وفي العارية يكون العقد لازماً في جانب المعير، دون المستعير، فيكون المستعير ملزِماً للمعير، ويكون المعير ملزَماً من قبل المستعير، وليس بملزِم له.

وفي الرهن يكون العقد لازماً من قبل الراهن، دون المرتهن، فيكون المرتهن ملزِماً للراهن، والراهن ملزَم من قبل المرتهن، وليس بملزِم له.

وبناء على ذلك فإن لزوم العقد يفتقر إلى وجود ملزِم، وملزَم، وهما طرفا العقد اللذان يصدر منهما الإيجاب، والقبول، ولذا صارا ركناً فيه.

والملزِم والملزَم لابد من أن تتوفر فيهما شروط؛ حتى يحكم بصحة العقد منهما، وهذه الشروط هي شروط عامة في العقود كلها، أو أغلبها، ومنها مجمع عليها، ومنها ما هو محل خلاف ترجح اعتباره شرطاً، ويمكن إيضاحها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون كل من الملزِم والملزَم عاقلاً[1]:

لما كان العقد مفتقراً من المتعاقدين إلى تعقل، ونظر؛ لما يترتب عليه من آثار تؤدي إلى زوال الملكية عن المعقود عليه، فالعاقد ينظر في ذلك العقد، فإن كانت المصلحة في الإقدام عليه أقدم، وإلا أحجم عن إبرامه، ومثل ذلك لا يمكن فعله إلا إذا كان الشخص موصوفاً بالعقل الذي يمكن أن يدرك به المصالح، والمفاسد.

فلو تصورنا البيع من المجنون الذي لا يدرك المصالح، والمفاسد فإنه لا شك سوف يحصل الضرر عليه، فقد يبيع الشيء بأقل من قيمته، أو يشتريه بأكثر من قيمته.

وكذلك الحال في عقد النكاح، سواء كان المجنون فيه زوجاً، أو ولياً، فإنه لا يمكنه أن يدرك مصلحة نفسه في اختيار الزوجة إن كان الزواج له، ولا يمكنه أن يدرك مصلحة موليته إن كان ولياً للمرأة، وكل ذلك يفضي إلى الضرر عليه، وعلى غيره، ومن هنا اتفق العلماء رحمهم الله على اشتراط العقل في العاقدين، وقد نقل الإجماع على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بقوله: «... الأقوال لا تعتبر إلا من عاقل يعلم ما يقول ويقصده، فأما المجنون، والطفل الذي لا يميز؛ فأقواله كلها

---

(١) العقل: هو الحِجْر، والنُّهى ضد الحمق، يقال: عقل، يعقل، عقلاً؛ إذا عرف ما كان يجهله قبل، أو انزجر عما كان يفعله، ورجل عاقل: هو الجامع لأمره، ورأيه، وقيل: العاقل الذي يحبس نفسه، ويردها عن هواها، وقوم عقلاء، ورجل عقول: إذا كان حسن الفهم، وافر العقل، وسمي العقل عقلاً؛ لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك؛ أي يحبسه. معجم مقاييس اللغة ٤/٦٩، لسان العرب ١١/٤٥٨، المصباح المنير ١٦٠.

لغو في الشرع، لا يصح منه إيمان، ولا كفر، ولا عقد من العقود، ولا شيء من الأقوال باتفاق المسلمين، وكذلك النائم إذا تكلم في منامه فأقواله كلها لغو»[١]اهـ.

فبين رحمه الله أن غير العاقل لا يصح منه أي عقد من العقود، وهذا عام يشمل عقود المعاوضات المالية، وعقود التبرعات، وعقود الإرفاق، وعقود التوثيق، وهكذا الأنكحة، وما يتعلق بها، وبهذا يتبين أن المجنون إذا تصرف فإن تصرفه غير معتبر باتفاق المسلمين بحمد الله، وقد نقل الإمام محيي الدين النووي رحمه الله الإجماع كذلك على عدم صحة بيع المجنون، والمغمى عليه فقال: "والمجنون لا يصح بيعه بالإجماع، وكذا المغمى عليه "[٢]اهـ

فبناء على ما تقدم فإن غير العاقل كالمجنون، ومن زال عقله بنوم، أو إغماء لا تكون أقواله ملزمة له، وهذا من يسر الشريعة الإسلامية، وسماحتها، فإن أمثال هؤلاء لو ألزموا بما قالوا من عقد، أو تبرع، أو غيرها من العقود؛ لترتب الضرر المجحف بهم، وبذويهم من زوال ملكهم عما في أيديهم بالتصرف فيه دون تحقيق للمصلحة في ذلك التصرف.

الشرط الثاني: أن يكون كل من الملزِم والملزَم مميزاً[٣]:

إن غير المميز لا يدرك العواقب التي تترتب على ما يصدر منه من قول، أو فعل، فلا يبالي بما يتلفظ به، أو يفعله؛ ولهذا فقد حمت الشريعة الإسلامية حق ذلك الصغير الذي لم يميز بعدم القبول، أو الاعتراف بما يصدر منه من عقود، وإذا أدرك الناس عدم

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٥/١٤، ٣٠٣/٣١.

(٢) المجموع ١٨١/٩، ينظر: بدائع الصنائع ١٣٥/٥، حاشية رد المحتار ٥٠٤/٤، ٣٤١/٥، الذخيرة ٢١/٤، ٣٧٢/٥، ٦/٦، ٢٢٣، حاشية الدسوقي ٢/٣، ٢/٤، الحاوي الكبير ٣٩١/٧، ٥٣٤، مغنى المحتاج ١٠/٢، ١٦٦، ٤٤٩، المقنع ٤/٢، ١١٣/٣، الشرح الكبير ١٣٣/٣ .

(٣) التمييز في اللغة: مأخوذ من قولهم: ماز الشيء مَيْزاً تقول: مزت الشيء أميزه ميزاً، إذا عزلته، وفرقته عن غيره، وميِّز بالتثقيل مبالغة، وفي الاصطلاح: سن إذا انتهى إليها الإنسان عرف مضاره، ومنافعه. لسان العرب ٤١٢/٥، المصباح المنير ٢٢٤، الإنصاف ٣٩٥/١، المجموع ١٤٥/٤.

قبول الشريعة للعقود التي يبرمها غير المميز ؛ فإنهم لن يقدموا على التعاقد معه ، وإذا تقرر ذلك فإن جميع ما يصدر من غير المميز من عقود فإنها غير معتبرة في الإلزام بها ، سواء كانت عقود معاوضة مالية ، أو تبرع ، أو إرفاق ، أو توثيق ، أو نكاح ، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله ، وقد نقل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله اتفاق المسلمين على أن الطفل الذي لا يميز أقواله كلها لغو في الشرع ، وذلك في قوله رحمه الله : «والطفل الذي لا يميز فأقواله كلها لغو في الشرع ، لا يصح منه إيمان ، ولا كفر ، ولا عقد من العقود ، ولا شيء من الأقوال باتفاق المسلمين»[1]اهـ.

فلو تصورنا عقد البيع من غير المميز أدركنا مدى الضرر الذي سيلحقه في ماله ، لزوال ملكه عن المبيع الذي قد يكون من المصلحة عدم بيعه ، وقد يبيعه بثمن هو أقل مما يستحقه ذلك المبيع ، وكذا لو صدر منه عقد تبرع ، أو إرفاق ، كهبة ، أو عارية ، أو قرض ، فقد يكون في حاجة ماسة لما تبرع به أشد من حاجة من تبرع له ، أو رفق به ، وفي النكاح قد يعقد الصغير على امرأة بمهر يفوق مهر المثل بكثير، كما أن الصغيرة قد ترتبط برجل غير مناسب لفساد دينه ، أو عدم أهليته لمثلها ؛ إذاً فعدم اعتبار أقوال غير المميز من يسر الشريعة الإسلامية وسماحتها فإن الطفل الذي لا يميز لا يعرف الضرر من غيره ؛ ولذا جاءت الشريعة الإسلامية بعدم قبول أقواله حماية له ، ولحقوقه.

إذا تقرر ذلك فهل للتمييز سن إذا بلغه الصغير حكم له بكونه مميزاً ، أو ليس له سن محدد ؟ لقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين :

القول الأول : أن التمييز محدد بالسن ، وهي سبع سنين ، فإذا بلغ الطفل سبع سنين فإنه يعتبر مميزاً ، وهو قول جمهور الحنابلة[2] ، وبعض الشافعية[3] ، رحمهم الله.

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٤/١١٥ ، ٣١/٣٠٣.

(٢) الإنصاف ١/٣٩٥ ، التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ١/٢٧١.

(٣) المجموع ٤/١٤٥ ، مغني المحتاج ١/١٨٣.

القول الثاني: أن التمييز غير محدد بسن معينة ؛ لأن الصبيان يختلفون في وقت حصول التمييز لهم، فمنهم من يحصل له ذلك، وهو ابن سبع، ومنهم من لا يميز، وإن بلغ سبعاً، أو عشراً، [1] وهو قول المالكية[2]، والشافعية[3]، وبعض الحنابلة[4] رحمهم الله، وأصحاب هذا القول اختلفوا في ضبط التمييز على أقوال:

الأول: أن يصير الطفل بحيث يأكل، ويشرب، ويستنجي لوحده.

الثاني: إذا عرف شماله من يمينه، وعرف ما يضره، وينفعه[5].

الثالث: إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه، وأحسن الجواب عنه[6].

الرابع: إذا أثغر[7] الطفل بمعنى بدأ في طرح أسنانه اللبنية[8].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بتحديد سن التمييز بسبع ؛ لورود السنة عن النبي ﷺ بأمر الأولاد بالصلاة في هذه السن بقوله: **(مروا أولادكم بالصلاة، وهم أبناء سبع)** الحديث[9] ؛ مما يدل على أنه وقت تمييز، وأن

---

(١) المجموع ٤/١٤٥، ينظر حاشية ابن قاسم على الروض المربع ١/٤١٧.

(٢) المدونة ١/٩٩، الخرشي على مختصر خليل ٣/٨.

(٣) المجموع ٤/١٤٥.

(٤) الإنصاف ١/٣٩٥.

(٥) مغني المحتاج ١/١٨٣.

(٦) الخرشي على مختصر خليل ٣/٨.

(٧) الثغر هو المبسم، ثم أطلق على الثنايا، وإذا كسر ثغر الصبي قيل : ثغر. المصباح المنير ٣٢.

(٨) المدونة ١/٩٩.

(٩) أخرجه الإمام أحمد في المسند١١/٢٨٥، وأبو داود ١/١٣٣، والترمذي ٢/٢٥٩، والدارقطني ١/٢٣٠، والدارمي ١/٣٣٣، وابن أبي شيبة ١/٣٤٧، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل ١/٢٦٦، وحسنه محققوا مسند الإمام أحمد، المسند١١/٢٨٥.

الصبي وصل إلى حد يميز فيه الأمور؛ وإلا لما أمر بهذه العبادة الشريفة، ولأنه لم يرد تحديد بما دونه؛ ولذا يعتبر حداً شرعياً في معرفة التمييز.

الشرط الثالث: أن يكون كلُ من الملزِم والملزَم راضياً[١]:

الرضى ضد الإكراه، والمكره على فعل أمر أو التلفظ بقول يكون معدوم الإرادة والقصد، فهو يفعل ما أكره عليه دون رغبة منه في حصول الآثار المترتبة على ما أكره عليه، ولو قيل بقبول التصرف مع الإكراه لكان ذلك طريقاً يسلكه كل من أراد شيئاً من غيره وعلم أنه لن يستجيب لمراده، فلا يستطيع بعد ذلك الاعتراض على ما صدر منه بأنه مكره عليه، لكن لما حفظت الشريعة الإسلامية حق المكره، ولم تعتبر أقواله، وأفعاله إلا بعد زوال أسباب الإكراه؛ فقد قطعت الطريق أمام أمثال هؤلاء؛ ولهذا اتفق العلماء رحمهم الله على اشتراط الرضى في كل من الملزِم والملزَم، ودليل ذلك في البيع قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، فقد نصت الآية الكريمة على اشتراط الرضى في التجارة وهي تعم كل معاوضة[٢]، ولما كان المتعاقدان طرفين فيها نصت على اشتراط الرضى منهما معاً في قوله سبحانه: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ فهذا شامل للبائع والمشتري اللذين هما طرفا العقد، فدل هذا على وجوب وجود الرضى منهما.

---

(١) في اللغة: مصدر رضى، يرضى، رضىً، والرضوان بكسر الراء، وضمها بمعنى الرضى وهو خلاف السخط، وفي الاصطلاح: هو نهاية الاختيار بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها. معجم مقاييس اللغة ٤٠٢/٢، لسان العرب ٣٢٣/١٤، المصباح المنير ٨٧، التلويح على التوضيح ١٩٥/٢، ينظر حاشية رد المحتار ٥٠٧/٤.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٢/٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٥٥/٢٩.

وكما نصت الآية على اعتبار الرضى في عقد البيع، فإنه أصل في اعتبار الرضى في جميع عقود المعاوضات، ولذا نجد الفقهاء رحمهم الله ينصون في كتبهم على لزوم وجود الرضى من طرفي العقد الملزِم والملزَم[1].

وكما اعتبرت الشريعة الإسلامية الرضا في عقد البيع كذلك اعتبرته لعقود الأنكحة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

قال الإمام القرطبي رحمه الله: «فالخطاب إذاً في قوله تعالى: ﴿ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ للأولياء، وأن الأمر إليهم في التزويج مع رضاهنّ» اهـ[2].

فنصوص الفقهاء وإن اختلفت في عباراتها، إلا أنها متفقة في مضمونها فقد سبق ذكر الآية التي اشترطت الرضى، فمن عبر منهم بالرضى فقد راعى لفظ الآية الكريمة، وأما من عبر بالاختيار فقد راعى معنى الرضى، وأنه يقوم على الاختيار كما تقدم في التعريف، وأما من عبر بالطواعية فإن الطوع فيه الاختيار، وعلى هذا فاشتراط الرضى متفق عليه عند أهل العلم رحمهم الله، وهو يعرف بالأمور الظاهرة التي تدل عليه.

وقد جعلت الصيغة أمارة على حصول الرضى في المتعاقدين فإن كان هناك ما يفسد الرضى فإن العاقدين (الملزم والملزم) لا يلزمان به.ويتحقق انعدام الرضى بالإكراه وانتفاء القصد وحينئذ يكون انعدام الرضى مانعاً من اللزوم كما يتبين ذلك في الباب الثالث وهو في موانع اللزوم.

---

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٥، الذخيرة ٢٤٣/٩، الخرشي على خليل ٧/٣، بلغة السالك ٣/٢، الحاوي الكبير ١٣/٥، المقنع ٤/٢.

(٢) الجامع لأحكام القرآن القرطبي١٥٨/٣.

الشرط الرابع: أن يكون كل من الملزم والملزم حراً[(١)]:

جعل الله تعالى الأصل في بني آدم أنهم أحرار، لكن الرق قد يقوم ببعضهم لسبب أو لآخر، فإذا أصاب الرق إنساناً فإنه يكون ناقص الأهلية؛ إذ هو محجور عليه لحق سيده فلا يتصرف في شيء من العقود[(٢)]، فهو وما يملكه لسيده ولهذا اشترط أهل العلم رحمهم الله في العاقد أن يكون حراً[(٣)].

الشرط الخامس: أن يكون كل من الملزم والملزم بالغاً[(٤)]:

لما كانت مسؤولية الالتزام في العقود يترتب عليها كثير من الأحكام الشرعية، وجب أن يكون كل من الملزِم والملزَم أهلاً لتحمل تلك التبعات، وما ينشأ عن هذه العقود من آثار، وهذا يفتقر بطبيعة الحال إلى العقل، والإدراك الذي عن طريقه يستطيع أن يميز الأمور، وما ينتج عنها، والعقل لا يكتمل إلا بالبلوغ، ولذا نجد الشريعة الإسلامية قد أكدت ذلك بالحجر على الصبي[(٥)]، فلا يتصرف في حقوقه صيانة له، وحفاظاً لحقوقه من الضياع، واشترطت لفك الحجر عنه أن يبلغ ويحسن التصرف.

---

(١) الحُر بالضم نقيض العبد، والجمع أحرار، والحرة نقيض الأمة، يقال: حَرَّ العبد يَحَرُ أي صار حراً، والأصل في الآدميين الحرية؛ فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لعارض، والرق: عجز حكمي يقوم بالإنسان سببه الكفر. لسان العرب لا بن منظور ١٨١/٤، المصباح المنير ٥٠، المغني ٣٥١/٨، حاشية البقري على الرحبية٣٦، العذب الفائض ٢٣/١، ينظر: التعريفات ١١٦.

(٢) بداية المجتهد٥/٢٥٧.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، حاشية رد المحتار ٥٠٤/٤، مواهب الجليل ٢٤٧/٤، منهاج الطالبين ١٣٤/٢، كشاف القناع ٤٥٧/٣.

(٤) البلوغ: مصدر بلغ، يَبْلغ، بلوغاً وهو الوصول إلى الشيء يقال: بلغ الطفل، إذا احتلم، وأدرك، كأنه بلغ وقت الكتابة عليه، والتكليف، وفي الاصطلاح: قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى حال الرجولة. معجم مقاييس اللغة ٣٠١/١، لسان العرب ٤٢٠/٨، المصباح المنير ٢٤، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٢٩٠/٥.

(٥) بداية المجتهد ٢٥٦/٥.

ولهـذا فلا بد من توفر شرط البلوغ في كـل من الملزِم والملزَم في العقود أياً كان نوع العقد فلا يلزم العقد إذا كان أحدهما غير بالغ[١].

فالعقد أياً كان نوعه، إذا صدر من غير بالغ يكون عقداً غير لازم، وحينئذ إما أن نحكم بعدم صحته؛ لصدوره ممن هو غير أهل للعقد، وإما أن نحكم بكونه موقوفاً على إجازة ولي الصغير، فالعقد إذاً على كلا المنهجين غير لازم، فكان البلوغ في الملزِم والملزَم شرطاً في الإلزام على وجه العموم في العقود عند الجميع.

وإذا ثبت ما سبق من اشتراط البلوغ في الملزِم والملزَم، فإنه يرد السؤال عن الإلزام قبل البلوغ هل هناك استثناء له أم لا ؟والجواب على ذلك أن للعلماء رحمهم الله في ذلك قولين:

القول الأول: أن تصرف الصبي المميز الذي لم يبلغ يصح إذا كان مأذوناً له، وهو مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، ووجه عند الشافعية[٥]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن تصرف الصبي الذي لم يبلغ لا يصح، ولو كان مأذوناً له، وهو مذهب الشافعية[٦]، ورواية عن الإمام أحمد[٧]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يصح تصرف الصبي الذي لم يبلغ إذا كان مأذوناً له) استدلوا بالنقل، والعقل.

---

(١) مجمع الأنهر ٢/٣، التلقين ٢/٣٦١، مغني المحتاج ٢/١٠، المقنع ٢/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٧/١٩٣.

(٣) مواهب الجليل ٤/٢٤٦.

(٤) المغني ٦/٦٠٩.

(٥) الحاوي الكبير ٦/٣٥٠، المجموع ٩/١٨٢، مغني المحتاج ٢/٢٣٤.

(٦) المصادر السابقة.

(٧) المغني ٦/٦٠٩، الإنصاف ٥/٣٢٣.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ...﴾ [النساء: ٦].

وجه الدلالة: أن ظاهر الآية يدل على أن الصبي يختبر قبل البلوغ؛ لأن الله تعالى سماهم يتامى، ولا يكون إلا قبل البلوغ، ولأن الله تعالى مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى، فدل على أن الاختبار قبله، والاختبار لا يكون إلا بالإذن له في التصرف[١].

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد؛ لأن الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده، واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك، فكان الإذن له بالتصرف قبل البلوغ أولى حتى لا يحجر على الرشيد[٢].

دليل القول الثاني:

(لا يصح تصرف الصبي الذي لم يبلغ، وإن كان مأذوناً له) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث علي بن أبي طالب ﷺ عن رسول الله ﷺ قال: **(رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)**[٣].

وجه الدلالة: أن العقد لو صح منه للزم منه التسليم على الصبي، وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء، فقد أسقط الحديث أقواله، وأفعاله[٤].

---

(١) المغني ٦/٦٠٨، بدائع الصنائع ٧/١٩٣.

(٢) المغني ٦/٦٠٩.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند٢/٤٤٤، وأبو داود ٤/١٤١، والنسائي ٦/١٥٦، وابن ماجة ١/٦٥٨، والدارمي ٢/١٧١، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل٢/٤، وقال محققا مسند الإمام أحمد: صحيح لغيره ٢/٤٤٤.

(٤) المجموع ٩/١٨٢.

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن تصرف الصبي قبل البلوغ تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل.(١)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، القول بصحة تصرف الصبي إذا كان مأذوناً له؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل فيجاب عنه بأنه لو سلم عموم الحديث فإن الصبي المأذون له في التصرف، مخصص بالآية، التي جعلت للولي ابتلاء الصغير، ولو لم يصح تصرفه لما كان للإذن له فائدة.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأن الولي لن يأذن لمن تحت يده إلا حينما يكون على قدر من العلم، والعقل الذي يجعله يتصرف بما فيه المصلحة، فتصرفه تحت إشراف ممن صدر منه الإذن.

وبهذا يتضح أن البلوغ شرط في الملزِم والملزَم عند جميع أهل العلم، أما إذا كان غير بالغ وقد أذن له وليه، فإن العقد صحيح عند الجمهور من أهل العلم رحمهم الله.

الشرط السادس: أن يكون لكل من الملزم والملزم حق التصرف في المعقود عليه:

لما كان العقد يترتب عليه انتقال ملكية المعقود عليه، كان من الأهمية بمكان أن يكون لكل من العاقدين حق التصرف في المعقود عليه، ولذا فإن الشريعة منعت من التصرف في أموال الآخرين دون إذنهم؛ لما يترتب على ذلك من إدخال الضرر عليهم من خلال ذلك التصرف في أملاكهم، قال سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾ [النساء ٢٩]،

---

(١) المغني ٦/٦٠٩.

وليس هناك اعتبار للتراضي بين الطرفين إذا لم يكن العاقد له حق التصرف، وهذه الآية أصل في العقود المالية، وبها ألحقت العقود الأخرى؛ ولذا فإن أهل العلم رحمهم الله قد اشترطوا في الملزِم والملزَم أن يكون لكل منهما حق التصرف في المعقود عليه، وذلك يشمل جميع العقود. فإن كان العقد مما يقصد به المعاوضة كالبيع، فإنه يشترط أن يكون البائع مالكاً للمبيع، أو له ولاية عليه، وهكذا المشتري[١]. وإن كان العقد مما يقصد به التوثيق كالرهن، فإنه يشترط لصحته أن يكون الراهن مالكاً للشيء المرهون، فلا يصح أن يرهن شيئاً لا يملكه بغير إذن من صاحبه، أو ولاية[٢]. وهكذا إذا كان العقد يقصد به التبرع، فالمتبرع لا بد من أن يكون له حق التصرف في المتبرع به[٣]، وفي النكاح لا بد من أن يكون لكل من العاقدين حق التصرف، إما أصالة عن نفسه كما في الزوج، أو وكالة كما لو وكل غيره في قبول النكاح، أو ولاية كما في ولي المرأة.[٤]

وبهذا يتضح أن أهل العلم رحمهم الله متفقون على أنه يشترط في الملزِم والملزَم أن يكون لهما حق التصرف في المعقود عليه، وأن هذا الشرط عام لجميع العقود، وبطبيعة الحال فإننا إذا تأملنا في حق التصرف فإننا نجد العاقدين يستندان في أحقية المعقود عليه إلى أحد ثلاثة أمور:

الأول: أن يكون مالكاً للمعقود عليه.

الثاني: أن يكون وكيلاً عن المالك.

الثالث: أن يكون ولياً على المالك.

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٨/٥، بداية المجتهد ٣١/٥، مغني المحتاج ٢١/٢، المقنع ٧/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٦، عقد الجواهر الثمينة ٥٨٠/٢، مغني المحتاج ٢١/٢، كشاف القناع ٣٢٢/٣.

(٣) بدائع الصنائع ١١٩/٦، القوانين الفقهية ٣٧١، المهذب ٤٥٣/١، كشاف القناع ٣٠٦/٤.

(٤) المبسوط ١٥/٥، المعونة ٧٢٣/٢، مغني المحتاج ٢٠/٢، الإنصاف ٦٧/٨.

الشرط السابع: أن يكون كل من الملزم والملزم رشيداً[١]:

لما كان الالتزام بالعقود مسؤولية عظيمة؛ لما يترتب عليها من أمور جسيمة، تؤدي إلى انتقال الملكية، وتحول الثمن، ويكون ذلك الثمن مقابلاً لتلك العين، وهذا لا يصدر إلا عن رشيد، له معرفة بالأمور، وعواقبها؛ ولذا فإن العاقد سواء كان ملزِما أو ملزَما لابد أن يكون أهلاً لهذا التصرف، مدركاً لما يترتب عليه، فأما إذا كان غير أهل لذلك فإن الشريعة الإسلامية قد أمرت بالحفاظ على ماله، وعدم إيتائه إياه لسفهه كما قال سبحانه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ...﴾ [النساء: ٥]، واشترطت لتسليم اليتيم ماله عند الحلم أن يكون رشيداً كما في قوله سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾ [النساء: ٦]، ولا يخفى الضرر المترتب على تسليم السفيه ماله من تبذيره، وتضييعه في غير مصالح الحياة التي من أجلها وجد المال، ليكون قياماً للناس تقوم به مصالحهم، وتقضى به حوائجهم.

ففي عقود المعوضات المالية كالبيع لا ينفذ تصرف غير الرشيد[٢]، وهكذا في عقود التوثيق[٣]، كما ينطبق ذلك على العقد الذي يقصد به التبرع[٤]. وفي عقد النكاح لا يلزم تصرف السفيه كذلك عند الجمهور من أهل العلم رحمهم الله، أما الحنفية رحمهم الله فقد أجازوا نكاح ذلك السفيه، وعدوه في هذه المسألة كالعاقل الرشيد[٥].

---

(١) في اللغة: بضم الراء وسكون الشين مصدر رَشَد، يَرْشد، رُشْداً، أما الرَّشد بفتح الراء، والشين فهو مصدر رَشِد، يَرْشد، رَشَداً وكلاهما بمعنى الصلاح، وفي الاصطلاح: الصلاح في المال والدين، والرشيد ضده السفيه، وهو ضعيف العقل سيئ التصرف؛ سمي بذلك لخفة عقله. معجم مقاييس اللغة ٣٩٨/٢، لسان العرب ١٧٥/٣، المصباح المنير ٨٧، المطلع ٢٢٨.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٠/٧، عقد الجواهر الثمينة ٦٢٨/٢، المجموع ١٧٤/٩، المقنع ٤/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٧١/٧، الذخيرة ١٩٢/٩، منهاج الطالبين ٢٧٠/٢، المقنع ١١٣/٢.

(٤) بدائع الصنائع ١٧١/٧، عقد الجواهر الثمينة ٦١/٣، مغني المحتاج ٥٣٨/٢، كشاف القناع ٢٩٩/٤.

(٥) بدائع الصنائع ١٧١/٧، الذخيرة ٢٠٦/٤، منهاج الطالبين ٢٢٠/٣، كشاف القناع ٤٥٢/٣.

وبهذا ظهر أن شرط الرشد من الشروط التي تعم العقود، إلا أن الحنفية رحمهم الله أجازوا تصرف السفيه في العقود التي فيها النفع المحض له كما في النكاح، وهذا القول قد يعترض عليه بأن النكاح يترتب عليه التزامات مالية، فيفتقر إلى الرشد في تلك الالتزامات.

إذا تقرر أن الرشد من الشروط التي يجب توفرها في الملزِم والملزَم، فما هو المراد بذلك الرشد، هل هو الصلاح في المال، أو في الدين، أو فيهما معاً؟ والجواب على ذلك، أن يقال: إن الصلاح على قسمين:

القسم الأول: الصلاح في المال: وهو أن يحسن التصرف في المال أخذاً وإعطاء بحيث إذا باع فلا يغبن الغبن الفاحش في الثمن، وإذا اشترى فلا يزاد عليه زيادة فاحشة في الثمن، ويكون حافظاً لماله غير مبذر.[1] وقد ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (إن الرجل لتنبت لحيته وإنه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم).[2] وهذا القسم لا خلاف في اعتباره في الرشد في التصرفات المالية، فإذا لم يكن العاقد يحسن التصرف في المال، وكان العقد من الأمور المالية، فهو غير رشيد فلا يصح تصرفه[3].

القسم الثاني: الصلاح في الدين: وهو بأن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط العدالة[4].

---

(١) المهذب ١/٣٣٨، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٨٥.

(٢) سنن البيهقي في كتاب الحجر ٦/٥٤.

(٣) المغني ٦/ ٦٠٧، الحاوي الكبير ٦/٣٥٧.

(٤) المهذب ١/٣٣٨، ينظر الحاوي الكبير ٦/٣٥٠، روضة الطالبين ٤/١٨٠، مغني المحتاج ٢/٢٢٩، والعدالة: هي الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور ديناً، والعدل: من اجتنب الكبائر، ولم يصر على الصغائر، وغلب صوابه، واجتنب الأفعال الخسيسة كالأكل في الطريق والبول. التعريفات ١٥٢.

وفي هذا القسم إن كان فساده في الدين له تأثير في تضييع المال فهو كذلك معتبر في الرشد في التصرفات المالية، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: " فإن الفاسق إن كان ينفق ماله في المعاصي، كشراء الخمر، وآلات اللهو، أو يتوصل به إلى الفساد، فهو غير رشيد ؛ لتبذيره لماله، وتضييعه إياه من غير فائدة "[1]اهـ

وأما إذا كان فساده في الدين ليس له تأثير في تضييع المال كالغيبة، والتكاسل عن أداء الواجبات، ونحوها فإن أهل العلم رحمهم الله قد اختلفوا في تأثيره على التصرفات المالية على قولين أرجحهما عدم اعتبار ذلك في الرشد.

وبناءً على ما تقدم فإن الصلاح في المال هو المؤثر في الرشد إذا كان في التصرفات المالية، وأما الصلاح في الدين فإن كان له تأثير على الصلاح في المال فهو مؤثر في الرشد أيضاً، وأما إذا لم يكن له تأثير على الصلاح في المال فإنه غير معتبر في الرشد في التصرفات المالية، وغير مؤثر فيها.

أما غير التصرفات المالية كالنكاح فإن الجمهور[2] من أهل العلم رحمهم الله على أن النكاح لا يصح بدون ولي لقوله ﷺ: **(لا نكاح إلا بولي..)**[3] فلما نظرنا إلى الشرع حيث ألزم بوجود الولي، فهمنا أن المراد به النظر إلى مصلحة المرأة في اختيار الكفء، وحتى لا يتضرر أولياؤها بدخول من ليس بكفء، فربما غلبت على المرأة عاطفة المحبة، فأدخلت على أوليائها من يلحق بهم ضرراً.

فالولاية لها شقان شق لحق الأولياء، وشق لحق المرأة، فالشق الذي لحق الولي هو عدم صحة النكاح بدونه.وأما الشق الذي لحق المرأة فهو أنها ترضى بمن يختاره لها

---

(١) المغني ٦/٦٠٨.

(٢) المعونة ٢/٧٢٧، المهذب ٢/٣٦، الإنصاف ٨/٦٦.

(٣) أخرجه أبو داود ٢/٢٢٩، والترمذي ٣/٤٠٧ وقال حديث عائشة في هذا الباب عن النبي ﷺ: **(لا نكاح إلا بولي)** حديث عندي حسن، وابن ماجة ١/٦٠٥.

وليها، فالنظر أولاً للولي فإذا رضيه فإنه ينظر لرغبة المرأة، وقبولها له[١].

وإذا تبين أن شرط الرشد يكون في أغلب العقود، فإنه يرد السؤال هل إذا صدر عن هذا السفيه تصرف في المال، فهل تصرفه هذا ملزم للطرفين، أم لا ؟ والجواب أن التصرف الصادر عن السفيه لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون مأذوناً له بذلك التصرف: حيث يأذن له الولي بالبيع، أو الشراء، ونحوه، فإذا قام ذلك السفيه بما أذن له بالتصرف فيه، بأن باع، أو اشترى على وفق ما صدر له من إذن من وليه، فقد اختلف العلماء رحمهم الله في حكم تصرفه ذلك على قولين:

القول الأول: أن تصرف السفيه المأذون له في حدود ما أذن له به يعتبر صحيحاً، وهو مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، ووجه عند الشافعية[٥]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن تصرفه غير صحيح، وهو الأصح عند الشافعية[٦]، ورواية عند الحنابلة، [٧]رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يصح تصرفه إذا أذن له وليه) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١) المغني ٣٤٦/٩.

(٢) الاختيار ٩٤/٢، حاشية رد المحتار ١٤٨/٦ .

(٣) مواهب الجليل ٢٤٦/٤ .

(٤) المغني ٣٤٧/٦، الإنصاف ٢٦٧/٤ .

(٥) الحاوي الكبير ٣٦٩/٥، روضة الطالبين ١٨٤/٤ .

(٦) الحاوي الكبير ٣٦٩/٥، روضة الطالبين، وقال: [هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم] ١٨٤/٤، مغني المحتاج ١٠/٢.

(٧) الإنصاف ٢٦٧/٤ .

الوجه الأول: أنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن ؛كالنكاح .

الوجه الثاني: أنه لو منع تصرفه بالإذن لم يكن هناك طريق إلى معرفة رشده، واختباره[١] .

دليل القول الثاني:

(لا يصح تصرفه، ولو أذن له وليه) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الحجر عليه ؛ لتبذيره، وسوء تصرفه، فإذا أذن له، فقد أذن فيما لا مصلحة فيه، فلم يصح، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة.[٢]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بصحة عقد السفيه المأذون له ؛لما يأتي :

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيجاب عنه بأنه إنما يأذن له فيما فيه مصلحة، ولكي يعتاد على الأخذ والعطاء فيما يخص البيع، والشراء، ولأن الولي على السفيه لن يأذن له إلا وقد قام بتوجيهه، وإبداء المشورة له، وبيان ما من شأنه أن يكون حافزاً له على أن يتصرف بما فيه المصلحة .

الحالة الثانية: أن يكون غير مأذون له بالتصرف: وفي هذه الحالة يتصرف السفيه من غير أن يأذن له وليه، ففي حكم تصرفه ذلك ثلاثة أقوال لأهل العلم رحمهم الله :

القول الأول: أن الرشد شرط لصحة العقد، فإذا تصرف السفيه في عقد بدون إذن، فإن عقده باطل، وهو مذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، رحمهم الله .

---

(١) المغني ٦/٦١٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) الحاوي الكبير ٥/٣٦٩، مغني المحتاج ٢/١٠ .

(٤) الشرح الكبير ٢/٣٠٧، الإنصاف ٤/٢٦٧.

القول الثاني: أن الرشد ليس بشرط في صحة العقد، فيصح العقد من قبل السفيه، ويتوقف على إذن الولي، وهو مذهب المالكية[١]، وقول أبي يوسف، ومحمد من الحنفية[٢]، رحمهم الله.

القول الثالث: أن الرشد لا يشترط لصحة العقد، فلو عقد السفيه عقداً، فإنه يعتبر عقداً صحيحاً لازماً، وهو قول أبي حنيفة[٣] رحمه الله .

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن الرشد شرط لصحة العقد)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن العقود يعتبر لها الرضا، فلا تصح من غير رشيد ؛ كالإقرار.[٤]

الوجه الثاني: أن ماله لم يدفع إليه لعدم رشده، فلا يصح تصرفه، وإقراره ؛ كالصبي، والمجنون.[٥]

دليل القول الثاني:

(أن الرشد ليس شرطاً في صحة العقد) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الحق للمولى فإذا أجازه جاز[٦].

الوجه الثاني: أن ركن التصرف قد وجد، والتوقف للنظر له، وقد نصب الحاكم ناظراً له يتحرى المصلحة فيه.[٧]

---

(١) التلقين ٣٦١/٢، عقد الجواهر الثمينة ٣٢٩/٢، مواهب الجليل ٢٤٦/٤ .

(٢) الاختيار ٩٦/٢ الدر المختار ١٤٨/٦، تكملة شرح فتح القدير ٢٦٦/٩ .

(٣) الاختيار ٩٦/٢، تكملة شرح فتح القدير ٢٦٦/٩، حاشية رد المحتار ١٤٧/٦.

(٤) كشاف القناع ١٥١/٣ .

(٥) المغني ٥٩٦/٦ .

(٦) الاختيار ٩٤/٢ .

(٧) تكملة شرح فتح القدير ٢٦٩/٩ .

دليل القول الثالث:

(أن الرشد لا يشترط في صحة العقد، ولزومه) استدلوا بالنقل، والعقل.

* أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٩٢].

* وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٣-٤].

وجه الدلالة: قالوا: إن هذه الآيات في كفارات الظهار، والقتل عامة تجب على كل من تتحقق منه أسبابها شرعاً سفيهاً كان، أو غير سفيه، وارتكاب هذه الأسباب اختياراً نوع من السفه، فدل على أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال، ومن ضرورته أن لا يمنع من أداء ما لزمه شرعاً.[1]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن السفيه مخاطب عاقل، فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، فإنه مخاطب عاقل، فلم يحجر عليه، فيكون السفيه مثله، بجامع أن كلاً منهما مخاطب عاقل.

الوجه الثاني: أن سلب ولايته إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد ضرراً من التبذير، فلا يتحمل الأعلى بالأدنى[2].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول باشتراط الرشد لصحة العقد؛ لما يأتي:

---

(١) المبسوط ١٥٩/٢٤.

(٢) الهداية ٢٨١/٣، تكملة شرح فتح القدير ٢٦٦/٩.

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أن القول بصحة تصرفه ينافي شرعية الولاية عليه والحجر، فيكون مصادماً للأصل الشرعي المقتضي للحجر عليه، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٥-٦].

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل في الوجه الأول، فيجاب عنه: بأن شرعية الولي في الأصل تقتضي بطلان تصرف السفيه، فالأصل بطلان عقده، وإذا كان باطلاً فكيف يحكم بصحته موقوفاً على إجازة الولي.

رابعاً: أما استدلالهم من العقل في الوجه الثاني، فيجاب عنه بأحد جوابين:

الأول: أن تنصيب الولي إلغاء لتصرف السفيه من حيث الأصل، فدل على أن تصرف السفيه لاغٍ.

الثاني: أن ركن التصرف معتبر بالشروط، وليس بذاته، فالرشد نعتبره شرطاً، وهم لا يعتبرونه شرطاً في الركن، فيقال: إن ركن التصرف مقبول بالشرط المعتبر لصحته، كالرضا الذي اعتبروه، مع أن ركن التصرف موجود.

خامساً: أما استدلال أصحاب القول الثالث من النقل فيجاب عنه بما يأتي:

الأول: أن هذا السفه ديني متصل بالشهوات، أو بالاستهتار بالحقوق، وليس له علاقة بالتصرف، فهذا السفه ليس من الرشد المتعلق بالتصرفات، وخلافنا في رشد الدنيا، وليس في السفه المتعلق بالدين.

الثاني: سلمنا أنه نوع سفه، لكن هذا مستثنى باستثناء الشرع، وبقي ما عداه على الأصل الذي دل عليه قوله تعالى: [النساء: ٥]، ولا تعارض بين عام وخاص.

سادساً: أما استدلالهم من العقل في الوجه الأول، فيقال: لا نسلم لكم بأن السفيه كالعاقل؛ لزوال الوصف المؤثر في صحة عقده، وهو إحسان التصرف، وإذا سلمنا بأنه كالعاقل، فيقال: يحجر عليه قياساً على المفلس، فإنه مخاطب عاقل، وقد حجر عليه فكذلك السفيه.

سابعاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني، فيقال: إن الجواب على ذلك من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا اجتهاد مع النص، ولا اجتهاد مع النص.

الوجه الثاني: لا نسلم أن في ذلك إهداراً لآدميته، لأن المنع من التصرف لا يستلزم إهدار آدميته، بدليل أن الصبي آدمي وليس له التصرف، ومثله المجنون.

الوجه الثالث: لا نسلم أن سلب الآدمية أعظم من التبذير، لأن سلب الآدمية ضرره قاصر، والتبذير ضرره متعدٍ.

الوجه الرابع: سلمنا أنه يتعارض مع آدميته، لكن ورد النص به.

وبهذا يظهر أن غير الرشيد إما أن يتصرف بإذن من الولي، فعقده صحيح لازم، وإما أن يكون تصرفه بغير إذن من وليه؛ فإن تصرفه هذا غير صحيح، ومن ثم فلا يلزم.

وبهذا اكتملت الشروط التي يجب أن تتوفر في العاقد، سواء كان ملزِماً، أو ملزَماً، وأنها شروط عامة تشمل العقود على اختلاف أنواعها سواء كانت عقوداً متعلقة بالمال، أو النكاح، أو التبرع، أو التوثيق، فجميعها لا بد من أن تتوفر فيها هذه الشروط حتى يحكم بلزومها، ولا شك في أن اعتبار الشريعة الإسلامية لهذه الشروط كان مبنياً على تحقيق المصالح المقصودة من العقود التي اشترطت فيها هذه الشروط، كما أنه مبني على درء المفاسد، والشرور المترتبة على فقدان العقود لهذه الشروط العامة.

الفصل الثاني

المُلْزَم بـــه، وشروطه

الفصل الثاني

المُلْزَم به وشروطه

الملزم به هو المحل الذي يرد عليه التعاقد الملزم، وهذا المحل يختلف بحسب اختلاف العقود، ويعبر عنه العلماء بمحل العقد أو المعقود عليه، فهو الغاية التي يقصدها المتعاقدان[1]، والملزم به في العقود يختلف بحسب اختلاف أنواع العقود التي أبرمها العاقدان، فإن كانت من عقود المعاوضات المالية فإنه يشمل العوضين الثمن، والمثمن، حيث يقصد أحد العاقدين الثمن ويقصد الآخر المثمن، وقد يكون محل العقد منفعة مقابل الثمن، كما في إجارة الأعيان، والعارية، والمزارعة، والوكالة.

وإن كانت من عقود التبرعات فإن محل العقد هو المتبرع به عيناً كان، أو مالاً، وإن كانت من عقود التوثيقات كان محل العقد ما يمكن الاستفادة منه عند تعذر حصول الحق من الأصل، وفي عقد النكاح يكون محل العقد هو الزوجة، ومقابلها المهر الذي يسلمه الزوج.

فالملزم به هنا تتوقف عليه ماهية الإلزام؛ ولذلك صار ركناً في لزوم العقد، وهذا الركن له شروط لابد من توفرها، وهي شروط عامة في الملزم به، لا تختص بعقد دون آخر، بل هي مشترطة في كل العقود، أو أغلبها، ثم اشتراطها منه ما هو مجمع عليه بين أهل العلم رحمهم الله، ومنه ما هو مختلف فيه ترجح اعتبار شرطيته، وبيان ذلك على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون الملزَم به موجوداً:

لما كان الملزم به مقصوداً للعاقدين حينما تعاقدا عليه، وكان عدم وجوده أثناء العقد يؤدي إلى الغرر لكلا الطرفين، ويفضي إلى عدم استمرار هذا العقد، فقد اشترط أهل العلم رحمهم الله في الملزم به أن يكون موجوداً وقت العقد، فإن كان معدوماً، أو

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٣٣، بداية المجتهد ٤/٢٠، الحاوي الكبير ٧/٣٩١، المقنع ٢/٤.

مجهول الوجود، فإنه يحكم ببطلان العقد، ولذا نجدهم عليهم رحمة الله نصوا في كتبهم على تأثير انعدام الملزم به، وجهالة وجوده في العقد والحكم ببطلانه[1].

وقد حكى الإجماع على بطلان بيع المعدوم وتحريمه الإمام النووي رحمه الله حيث يقول: «فبيع المعدوم باطل بالإجماع، ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك»[2]. ثم ذكر رحمه الله: «أن المراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن التحرز عنه، وأما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن التحرز عنه، كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد، أو أكثر، فهذا يصح بيعه بالإجماع، إلى أن قال رحمه الله: نقل العلماء الإجماع أيضاً في أشياء غررها حقير»[3]. وكذا إذا كان يقصد به التوثيق[4]، أو التبرع[5]، أو كان العقد مراداً به النكاح[6].

وبهذا يتضح أن الملزم به في عامة العقود لابد أن يكون موجوداً، حتى لا يؤدي عدمه، والجهل بوجوده، إلى غرر فاحش يبطل به العقد، وهذا الحكم الذي نص عليه هؤلاء العلماء الإجلاء رحمهم الله مبني على النصوص الشرعية الواردة في الكتاب، والسنة.

أما دليل الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، فإن هذه الآية عامة تشمل القمار، والخداع، والغصوب، وجحد الحقوق، وما لا

---

(١) بدائع الصنائع ١٣٨/٥، حاشية رد المحتار ٥٢/٥، بداية المجتهد ٣٠/٥، المهذب ٢٦٩/١، كشاف القناع ١٦٢/٣.

(٢) المجموع ٣١٠/٩.

(٣) المصدر السابق ٣١١/٩.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٥/٦، مواهب الجليل ٣/٥، المهذب ٣١٥/١، كشاف القناع ٣٢١/٣.

(٥) بدائع الصنائع ١١٩/٦، روضة الطالبين ٣٧٣/٥، الإقناع ٢٩/٣.

(٦) حاشية رد المحتار ١٥/٣، عقد الجواهر الثمينة ١٢/٢، مغني المحتاج ١٨٦/٣، كشاف القناع ١٧٠/٤.

تطيب به نفس مالكه[١]، سواء مالك العين، أو الثمن، فإذا كانت العين غير موجودة، وسلم المشتري المال ثمناً لتلك العين، ثم علم بعدم وجودها، فإن نفسه لم تطب بما دفعه؛ لعدم تسلمه العين.

وأما السنة: فقد وردت أحاديث كثيرة تنهى عن البيع الذي يترتب عليه غرر، منها ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة)[٢] وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية: كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها[٣].

قال الإمام النووي رحمه الله في شرحه لهذا الحديث: «واختلف العلماء في المراد بالنهي عن بيع حبل الحبلة، فقال جماعة: هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة، ويلد ولدها...، وقال آخرون: هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال...، وهذا البيع باطل على التفسيرين.

أما الأول: فلأنه بيع بثمن إلى أجل مجهول، والأجل يأخذ قسطاً من الثمن، وأما الثاني: فلأنه بيع معدوم، ومجهول، وغير مملوك، وغير مقدور على تسليمه»[٤] اهـ.

ومنها ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)[٥].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٣٣٨.

(٢) اختلف في تفسير حبل الحبلة على أقوال، منها ما ذكر عن ابن عمر رضي الله عنه، ومنها: أنه بيع ولد الناقة في الحال، ومنها أنه بيع ما في بطون الأنعام وهو بيع الملاقيح، والمضامين، ومنها: أن المراد بالحبلة الكرمة ـ العنب ـ فنهى عن بيع حملها قبل أن تبلغ. ينظر فتح الباري لابن حجر ٤/٣٥٨ شرح مسلم ١٠/١٥٧، نيل الاوطار ٥/١٦٧

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/٢٤، صحيح مسلم ٥/٣.

(٤) شرح مسلم ١٠/١٥٧.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ٥/٣.

قال الإمام النووي رحمه الله عند كلامه عن الغرر: «ويدخل فيه مسائل كثيرة، غير منحصرة كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه...»[١]اهـ.

ومنها ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر سنين).[٢]

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله: «أما القسم الأول: وهو بيع الثمار قبل أن تخلق، فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك؛ لأنه من باب النهي عن بيع الثمار قبل أن تخلق، ومن باب بيع السنين»[٣]اهـ.

فهذا البيع باطل؛ لأنه من بيع المعدوم الذي لم يخلق، وهذا يظهر أن الشرع لا يلزم بشيء معدوم؛ لما فيه من الغرر، فإذا تم مثل ذلك؛ فإنه عقد باطل لا يلزم أحد الطرفين به.

الشرط الثاني: أن يكون الملزم به معلوماً[٤]:

العلم ضد الجهل، والمراد بالعلم أن تكون هناك صفات معينة يمكن من خلالها أن يتمكن الطرفان من معرفة الشيء الملزم به، فيتمكن البائع، والمشتري من معرفة المبيع، والثمن، وفي الإجارة يتمكن المستأجر، والمؤجر من معرفة المنفعة، والأجرة المبذولة لقاءها.

---

(١) شرح مسلم ١٠/١٥٦.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٣/١٦١، وأبو داود ٣/٢٥٤، والنسائي ٧/٢٦٦، وابن أبي شيبة ٧/٣٢٠، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٢٥، ولم يورده الألباني في ضعيف سنن أبي داود ٣٣٥.

(٣) بداية المجتهد ٤/٥٤١.

(٤) العلم في اللغة: اليقين والمعرفة، يقال: علم يعلم إذا تيقن، وفي الاصطلاح الاعتقاد الجازم المطابق للواقع. المصباح المنير ١٦٢، التعريفات للجرجاني١٩١.

والعلم بالملزم به يكون بمعرفة العين، والقدر، والصفة، كأن يقول بعتك سيارتي، ويذكر نوعها، وسنة صنعها، ونحو ذلك من الصفات التي تتم من خلالها معرفة السيارة المباعة، والرؤية للملزم به تكسب العاقدين العلم، ولذا تقوم مقام الوصف وهي الأصل، والوصف بدل عنها، وقائم مقامها[1]. وإذا كان العقد من العقود التي يقصد بها التوثيق فقد نص طائفة من أهل العلم[2] رحمهم الله على اشتراط العلم فيها[3]. وهكذا إذا كان العقد يقصد به التبرع[4]، أو كان العقد نكاحاً[5].

فيتضح من ذلك أن الفقهاء رحمهم الله متفقون على اشتراط العلم في الملزم به في أغلب العقود؛ حتى لا يؤدي الجهل به إلى الغرر المنهي عنه، فإن كان الملزم به مجهولاً جهالة يتحقق معها الغرر، بأن لم يكن معلوم الجنس، أو النوع، أو القدر، فإن العقد لا يعتبر لازماً لهما؛ لأن الجهالة في الملزم به تفضي إلى المنازعة بين طرفي العقد، وتؤدي إلى التشاح، والتباغض الذي يولد الضغينة بين المسلمين.

---

(١) بدائع الصنائع ١٥٦/٥، ١٧٦/٤ في الإجارة، الهداية ٢٣١/٣، عقد الجواهر ٣٤١/٢، حاشية الدسوقي ١٠/٣، المجموع ١٧٤/٩، الحاوي الكبير ٣٩٢/٧ في الإجارة ٥٣٤/٧ في الرهن، كشاف القناع ١٩٣/٣، ٥٤٧/٣ في الإجارة، ٢٤٣/٤ في الوقف.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٦، المهذب ٣١٥/١، المقنع ١٠٣/٢.

(٣) لم يشترط المالكية رحمهم الله العلم في التوثيق، عقد الجواهر الثمينة ٦٠/٣، بلغة السالك ١٠٩/٢.

(٤) بدائع الصنائع ١١٩/٦، ١٢٣، الحاوي الكبير ٥٣٤/٧. أما المالكية فلم يشترطوا العلم في الموهوب، فأجازوا هبة المجهول، وهكذا الحنابلة عند تعذر العلم، بداية المجتهد ٣٦٢/٥، عقد الجواهر الثمينة ٦٠/٣، الإنصاف ١٣٢/٧.

(٥) حاشية رد المحتار ١٥/٣، عقد الجواهر الثمينة ١٢/٢، مغني المحتاج ١٨٦/٣، كشاف القناع ١٧٠/٤.

الشرط الثالث: أن يكون الملزم به مباحاً[١]:

ضد المباح المحرم، فإذا كان الملزم به محرماً، فإن التعاقد عليه لا يصح، وذلك كالخمر، وآلات اللهو، ونحوها، وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على اشتراط الإباحة في الملزم به سواء أكان يقصد به المعاوضة[٢]، أو يقصد به التوثيق[٣]، أو يقصد بها التبرع[٤]، أما إذا كان العقد عقد نكاح، فيشترط في الزوجة أن تكون من غير المحرمات على الزوج[٥].

فيتضح مما سبق عموم هذا الشرط في كافة العقود، ومستند هذا الشرط في البيوع حديث جابر بن عبدالله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله ورسوله حرما بيع الميتة، والخمر، والخنزير، والأصنام)**، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى به السفن، ويستصبح بها؟ فقال: **(لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا ثمنها)**[٦]. فإذا كانت العين، أو المنفعة محرمة، فإنه لا يجوز التعاقد عليها، امتثالاً لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع هذه الأعيان المحرمة.

ولا شك في أن اشتراط إباحة المحل المعقود عليه من أهمية؛ إذ لا يعقل أن يكون التعاقد على عين، أو منفعة حرمها الشرع؛ لما في ذلك من التضاد، والتناقض الذي

---

(١) المباح في اللغة: من باح الشيء بوحاً، يقال: أباح الرجل ماله، إذا أذن في الأخذ، والترك، وجعله مطلق الطرفين، وفي الاصطلاح: ما خير الشارع فيه بين الفعل، والترك من غير اقتضاء، ولا زجر. المصباح المنير ٢٦، البرهان ٣١٣/١.

(٢) الهداية ٢٤٠/٣، الذخيرة ٣٩٦/٥، الحاوي الكبير ١٣/٥، كشاف القناع ٥٥٩/٣.

(٣) الاختيار ٦٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٧٩/٢، المهذب ٣١٥/١، المقنع ١٠٣/٢.

(٤) بدائع الصنائع ١١٩/٦، الذخيرة ٢٢٦/٦، أما عقد الجواهر الثمينة فلم يذكر مباحاً في الشرع ٦٠/٣، روضة الطالبين ٣٧٣/٥، الإنصاف ١٣١/٧.

(٥) بدائع الصنائع ٢٥٦/٢، التلقين ٣٠١/٢، مغني المحتاج ١٨٦/٣، الإقناع ١٧٩/٣.

(٦) متفق عليه، صحيح البخاري ٤٣/٣، صحيح مسلم ٤١/٥.

تنزه عنه الشريعة الغراء، فإذا فقد هذا الشرط ترتبت المحاذير الشرعية في المعقود عليه، ولذا فإن العقد الذي يشتمل على محرم عقد غير لازم للطرفين لتخلف شرط الإباحة فيه .

فبناء على ما تقدم فإن كل ما يستجد من معاملات يكون الملزم به غير مباح فإن العقد يكون عقداً باطلاً، ولا يحكم بأنه عقد لازم، وقد استجد في هذا العصر كثير من المحرمات، بل ربما خصص لها أماكن كما هو الحال في المحلات التي تبيع آلات اللهو بأنواعها، والجراك، والشيش، وأجهزة استقبال القنوات الفضائية، وغيرها، فكل أمر محرم لا يجوز التعاقد عليه، وإذا حصل التعاقد عليه فإنه يحكم ببطلانه، وعدم لزومه ؛لأن شرط اللزوم فيه غير متحقق، وهو إباحة الشيء الملزم به.

الشرط الرابع: أن يكون الملزم به مملوكاً:

من الشروط العامة التي يذكرها أهل العلم رحمهم الله في الملزم به أن يكون مملوكاً للمتعاقدين حتى يصح تصرفهما فيه، لأن المتعاقدين لا يملكان حق التصرف في مال الغير بدون إذنه، فلا وجه للإلزام بتعاقدهما عليه، وهذا الشرط محل اتفاق بين أهل العلم رحمهم الله إذا كان العقد مما يقصد به العوض[١]، أو التوثيق[٢]، أو التبرع[٣]، فيستفاد عدم لزوم العقد إذا كان المعقود عليه وهو الملزم به غير مملوك للعاقد.

وهذا الحكم يدل عليه حديث حكيم بن حزام ﷺ قال: قلت : يارسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه ، ثم ابتاعه من السوق ؟

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٦/٥، ١١٥/٦ في الهبة، الذخيرة ٤٠٥/٥، الخرشي على خليل ١٨/٣ في البيع، المجموع ١٧٤/٩، الحاوي الكبير ٥٣٥/٧ في الهبة، كشاف القناع ١٥٧/٣، ٣٢٢/٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٦، بداية المجتهد ٣٥٧/٥، المهذب ٣١٥/١، كشاف القناع ٣٢٢/٣.

(٣) بدائع الصنائع ١١٩/٦، عقد الجواهر الثمينة ٦٠/٣، الحاوي الكبير ٥٣٤/٧، شرح منتهى الإرادات ٥٢٢/٢.

فقال : (لا تبع ما ليس عندك)[1] فيه دليل على حرص الشريعة الإسلامية على دفع المفاسد، والأضرار المترتبة على التصرف في أموال الغير، وممتلكاتهم بدون حق، ففي التصرف فيها على هذا الوجه المحرم ظلم لمتلكيها، وأكل لأموالهم بالباطل، كما أن فيه فتحاً لباب الخصومات والنزاعات؛ لأن الناس لا يرضون أن يتصرف أحد في أموالهم، فربما أخذتهم الحمية فينتقمون ممن أساء إليهم، فيتصرفون في أموالهم كما تصرفوا في أموالهم، وحينئذ تكثر المفاسد، والأضرار، والشرور، وتصبح حياة الناس فوضى، وهمجية، فقفلت الشريعة الباب، وسدت الذريعة الموصلة إلى هذه المفاسد، والأضرار بتحريم تصرف الإنسان في ملك الغير ببيع، أو هبة، أو غيره مما لم يأذن له به، و لا ولاية له عليه فيه.

مما سبق يظهر أن المال لا يجوز أن يتصرف فيه غير مالكه إلا بإذن، أو ولاية، وقد ظهر في هذا العصر كثير من التعامل فيما هو ليس بمملوك كما يحدث بين التجار في التخصص الواحد، أو غيره، وذلك حينما يحضر أحد المتسوقين إلى تاجر فيشتري منه مثلاً الأدوات، والأجهزة، أو غيرها من السلع الأخرى، ويكون التاجر البائع غير ممتلك لتلك السلعة، وإنما يقوم بشرائها بعد إتمام الصفقة، وضمانه للمشتري، فهو حينئذ بائع لما لم يملكه، فالعقد غير لازم؛ لتخلف شرط الملكية فيه.

الشرط الخامس: أن يكون الملزم به طاهراً:

جاءت الشريعة الإسلامية بتحريم التعاون على الإثم والعدوان، فقال سبحانه وتعالى آمراً عباده بالتعاون على الخير، ناهياً لهم عن التعاون على الإثم: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ..﴾ [المائدة: ٢]، فإذا كان الملزم به نجساً وتم التعاقد عليه فإن ذلك من التعاون المحرم؛ ولذا فإن الفقهاء اتفقوا على اشتراط

---

(١) أخرجه أبو داود وقال : حديث حسن ٣/٥٣٤، والنسائي ٧/٢٨٩، التلخيص الحبير ٣/٥ ، وقال محقق جامع الأصول : إسناده صحيح ١/٤٥٧.

الطهارة في الملزم به سواء كان العقد يقصد به المعاوضة[١]، أو التوثيق[٢]، والتبرع[٣]، فهذا الشرط يعم غالب العقود، وهذا الشرط مستفاد من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **(إن الله ورسوله حرما بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام)**، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن، ويستصبح بها ؟ فقال: **(لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا ثمنها)**.

وبهذا يتضح أن الملزم به إذا كان غير طاهر، فإن العقد لا يصح، ومن ثم فلا يلزم العقد لأحد منهما.

الشرط السادس: أن يكون الملزم به مالاً منتفعاً به:

يشترط أهل العلم رحمهم الله في الملزم به أن يكون مالاً له قيمة، ويمكن الانتفاع به، فإن لم يكن الملزم به يتصف بالمالية المتقومة التي ينتفع بها، أو كان مشتملاً على الضرر، فالعقد يكون غير قابل للإلزام به لبطلانه، فالتصرف بما ليس بمال، كالميتة، والدم، أو بما ليس متقوماً كالخمر، أو بما ليس منتفعاً به كالهوام، والحشرات على وجه لا فائدة فيه، سواء كان ذلك التصرف بيعاً، أو هبة، أو رهناً، أو وقفاً، تصرف غير صحيح لعدم توفر هذا الشرط فيه، وإذا لم يصح، فلا وجه للقول بلزوم مثل هذا

---

(١) الهداية ٤٦/٣، شرح فتح القدير ٣٩٢/٦، قال في مجمع الأنهر: [ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل الدباغ؛ لأنها غير منتفع بها، وليست بمال لنجاستها، فيبطل، بخلاف الثوب والدهن المتنجس فإنها عارضة] اهـ ٣٩٢/٢، عقد الجواهر ٣٣٣/٢، الذخيرة ٢٢٦/٦، روضة الطالبين ٣٥٠/٣، كشاف القناع ١٥٦/٣.

(٢) الاختيار ٦٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٧٩/٢، روضة الطالبين ٤٠/٤، المقنع ١٠٣/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١١٩/٦، روضة الطالبين ٣٧٣/٥، الإنصاف ١٣١/٧. أما المالكية رحمهم الله أجاز هبة الكلب، وهناك قول عند الحنابلة رحمهم الله بجواز هبة ما يباح به الانتفاع به من النجاسات، عقد الجواهر الثمينة ٦٠/٣، الإنصاف ١٣٢/٧.

التصرف سواء في العقود التي يقصد بها العوض[١]، أو التوثيق[٢]، أو التبرع[٣]. فالعلماء رحمهم الله قد راعوا في الملزم به أن يكون مالاً له قيمة، منتفعاً به، فإن لم يكن كذلك؛ فإن العقد لا يصح، ومن ثم فلا وجه للقول بالإلزام فيه للعاقدين.

الشرط السابع: أن يكون الملزم به مقدوراً على تسليمه:

إن الملزم به قد يكون موجوداً، مملوكاً للعاقد، إلا أن مالكه ليس له قدرة على تسليمه، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله صوراً للملزم به غير المقدور على تسليمه، كالبعير الشارد، والمال المغصوب، والطير في الهواء، والسمك في الماء، ونحوها، وقد اتفقوا رحمهم الله على اشتراط القدرة على تسليم الملزم به، سواء كان العقد مما يقصد به العوض[٤]، أو التوثيق[٥]، أو التبرع[٦].

وبهذا يظهر اتفاقهم رحمهم الله على اشتراط القدرة على التسليم للملزم به، حتى لا يحدث غرر في العقد، تترتب عليه الخصومة، والأحقاد بين المسلمين، والتي تسعى الشريعة الإسلامية بتفاديها، والقضاء عليها وعلى الأسباب التي تؤدي إليها،

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٠/٥ في البيع، ٤/ ١٧٦، ١١٥/٦، الذخيرة ٤٠٠/٥، عقد الجواهر ٣٣٦/٢، الخرشي على خليل ١٥/٣، الحاوي الكبير ١٣/٥، مغني المحتاج ٥١٠/٢، المقنع ٥/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٦، مواهب الجليل للحطاب ٣/٥، المهذب ٣١٥/١، المقنع ١٠٣/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١١٩/٦، الحاوي الكبير ٥٣٤/٧، الإقناع ٢٩/٣، وأجاز المالكية رحمهم الله هبة الكلب، وهناك قول عند الحنابلة رحمهم الله بجواز هبة الكلب، عقد الجواهر الثمينة ٦٠/٣، الإنصاف ١٣٢/٧.

(٤) بدائع الصنائع ١٤٧/٥، ١٧٦/٤، الذخيرة ٤١١/٥، عقد الجواهر ٣٣٨/٢، روضة الطالبين ٣٥٧/٣، المجموع ١٧٤/٩، كشاف القناع ١٦٣/٣.

(٥) الدر المختار ٢٨٣/٥، المهذب ٣١٥/١، المقنع ١٠٣/٢. أجاز المالكية رحمهم الله رهن العبد الآبق والبعير الشارد إن قبض قبل موت الراهن، عقد جواهر الثمينة ٥٧٩/٢.

(٦) بدائع الصنائع ٤٥٣/٦، المهذب ٣١٥/١، الإقناع ٢٩/٣. أجاز المالكية رحمهم الله هبة الآبق، عقد جواهر الثمينة ٥٧٩/٢.

وقد استند أهل العلم رحمهم الله في ذلك إلى ما سبق من حديث حكيم بن حزام ﷺ ولذلك قال الإمام البغوي رحمه الله: «وفي معنى بيع ما ليس عنده... وبيع العبد الآبق، والطير المنفلت»[1] اهـ.

كما أن نهيه ﷺ عن بيع حبل الحبلة المتقدم، يستفاد منه كذلك أن غير المقدور على تسليمه لا يجوز التعاقد عليه، وقد تقدم قول الإمام محيي الدين النووي رحمه الله، المشتمل على اشتراط القدرة على التسليم، وأن عدم القدرة قد تكون حسية، وقد تكون شرعية.

وبهذا الشرط اكتملت الشروط التي يجب أن تكون في المعقود عليه وهو الركن الثاني من أركان لزوم العقد فإذا اجتمع في الركنين السابقين جميع الشروط فإن العقد بحاجة إلى صيغة يتم بموجبها العقد وهي الركن الثالث الآتي بيانه.

---

(١) شرح السنة ١٤١/٨.

الفصل الثالث

صيغة لزوم العقد، وشروطها

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الصيغة.

المبحث الثاني: أنواع الصيغة.

المبحث الثالث: شروط صيغة اللزوم.

تمهيد

صيغة اللزوم هي الركن الذي اتفق أهل العلم رحمهم الله على اعتباره ركناً في العقود، وأما الركنان السابقان فهما عند الجمهور من العلماء، وقد خالفهم علماء الحنفية رحم الله الجميع، والخلاف بين القولين لفظي، وليس بحقيقي.

والصيغة هي الوسيلة التي يعبر بها المتعاقدان عن إرادتهما، ويتحقق العقد بها، ذلك أن الإرادة تكون في نفس الإنسان، فإذا تلفظ دل ذلك اللفظ على ما يريده، ويُكنُّه في صدره.

يقول الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله: «إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالةً على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده، وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات، والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل، أو قول...»[1]اهـ.

وقال أيضاً رحمه الله: «إن صيغ العقود...، إما إخبارات، وإما إنشاءات، وإما أنها متضمنة للأمرين، فهي إخبارات عما في النفس من المعاني التي تدل على العقود، وإنشاءات لحصول العقود في الخارج، فلفظها موجب لمعناها في الخارج، وهي إخبار عما في النفس من تلك المعاني...»[2]اهـ.

وصيغة الإلزام تختلف تبعاً لنوع العقد الذي يراد الإلزام به، وهي تكون بالقول، والفعل، ولها شروط تختص بها كغيرها من الأركان، وبيان ذلك في المباحث الآتية.

---

(١) أعلام الموقعين ١٠٥/٣ .

(٢) المصدر السابق ١١٩/٣ .

المبحث الأول

تعريف الصيغة

في اللغة: الصيغة مأخوذة من الصوغ، وهو مصدر للفعل صاغ الشيء، يصوغه، صوغاً وصياغة، والياء في الصيغة أصلها واو قلبت لكسر ما قبلها، مثل القيمة، وتطلق الصيغة في اللغة على عدة معانٍ منها:

(١) العمل: يقال هذا شيء حسن الصيغة، أي حسن العمل، ومنه قولهم: صاغ الله فلاناً صيغة حسنة، أي خلقه.

(٢) التقدير: فإذا كان الشيء على قدره قيل: هذا صوغ هذا.

(٣) الهيئة: والصورة: يقال: صيغة القول كذا، أي مثاله، وصورته، وصيغة الأمر كذا، وكذا، أي هيئته التي بني عليها.

(٤) الوضع: والترتيب: يقال: صاغ شعراً، أو كلاماً، أي وضعه، ورتبه[١].

ويظهر من هذه المعاني أن الفقهاء رحمهم الله استخدموا الصيغة في العقود، استناداً إلى المعنى الرابع، الذي هو الوضع والترتيب، فإن الصيغة في العقود تكون على هيئة، وصورة يفهم منها إرادة العقد كما أن فيها ترتب أحد الأمرين على الآخر، فحينما يبرم العاقدان عقداً من العقود عن طريق الصيغة، فهذه الصيغة مركبة من إيجاب، وقبول، ينبني أحدهما على الآخر، فكان فيها وضع وترتيب.

وفي الاصطلاح: يقول الإمام الحطاب رحمه الله في تعريفه لها: " الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع: هو ما يدل على الرضا من البائع، ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري، ويسمى القبول، وسواء كان الدال قولاً...، أو كان فعلاً كالمعاطاة» اهـ[٢].

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٣/٣٢١، لسان العرب ٨/٤٤٢، القاموس المحيط ٣/١١٠، المصباح المنير ١٣٤.

(٢) مواهب الجليل ٤/٢٢٨.

وهذا التعريف خاص في ظاهره بالبيع ، إلا أنه يمكن أن يستخلص منه التعريفالعام للصيغة بحيث يقال : (جملة أو ما يقوم مقامها تدل على الرضا من المتعاقدين ينشأ بها العقد).

فقول : جملة : أي الإيجاب ، والقبول اللذان يصدران من المتعاقدين .

فأما الإيجاب في اللغة : فهو مأخوذ من الوجوب ، وهو الوقوع ، واللزوم ، والثبات ، يقال وجب البيع وجوباً ، بمعنى حق ، ووقع ، ولزم ، وثبت[١] .

و في الاصطلاح : اختلف العلماء رحمهم الله فيه على قولين :

القول الأول : أن الإيجاب ما يصدر ممن يكون منه التمليك ، ونحوه ، وهو مذهب الجمهور من المالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، رحمهم الله.

القول الثاني : أن الإيجاب ما يصدر أولاً ، سواء وقع من البائع ، أو المشتري ، ومن في حكمهما ، وهو مذهب الحنفية [٥]رحمهم الله.

أما القبول في اللغة : فهو بفتح القاف وضمها ، مصدر قبل ، يقال : قبلت الشيء قبولاً ، إذا رضيته وأخذته ، وقبلت القول ، إذا صدقته.[٦]

وأما في الاصطلاح : فقد تقدم الخلاف بين الجمهور والحنفية ، رحمهم الله ، فالجمهور يرون أن القبول : ما يصدر من الطرف الآخر الذي يكون منه التملك . وأما الحنفية فأنهم يرون أن الفعل الثاني هو الذي يسمى قبولاً ، سواء وقع من البائع أو من المشتري.

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٨٩/٦ ، المصباح المنير ٢٤٨ .

(٢) مواهب الجليل ٢٢٨/٤ .

(٣) روضة الطالبين ٣٣٦/٣ .

(٤) كشاف القناع ١٤٦/٣ .

(٥) شرح فتح القدير ٢٣٠/٦ .

(٦) لسان العرب ٥٣٧/١١ ـ ٥٤٠ ، المصباح المنير ١٨٦ .

وأما "ما يقوم مقامها" : فالمراد به ما يقوم مقام القول ، وهو الفعل الذي يدل على الإيجاب والقبول ، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان خلاف أهل العلم رحمهم الله في اعتبار الفعل قائماً مقام القول في صيغة العقد .

وأما قولنا : "تدل على الرضا من المتعاقدين" : فلأن الرضا شرط لصحة العقد ، وهو أمر باطني إنما يمكن معرفته عن طريق الصيغة ، وقد تقدم قول الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله في بيان أهمية الألفاظ ، وأنها تعتبر تعريفاً ، ودلالة على ما في نفوس العباد.

وأما قولنا : "ينشأ بها العقد" : أي أن هذه الصيغة سواء كانت قولية ، أو فعلية فإنها يرتبط بها المتعاقدان ، ويوجد بها العقد ، فإذا لم تتم من الطرفين فإن العقد لم ينشأ بعد ، ولم يوجد.

المبحث الثاني

أنواع الصيغة

الصيغة التي يتم الإلزام بها لها صور عديدة وتنحصر هذه الصور تحت نوعين هما:

النوع الأول: الصيغة القولية.

النوع الثاني: الصيغة الفعلية.

وكل نوع منهما له أحكام تخصه، وليست كلها محل اتفاق بين أهل العلم رحمهم الله، بل منها المتفق عليه، ومنها المختلف فيه، وبيان ذلك على التفصيل الآتي:

النوع الأول: الصيغة القولية:

هذا النوع عادة ما يبدأ الفقهاء رحمهم الله به عند ذكرهم لركن الصيغة؛ لأنه أقوى النوعين، وأدلهما على مقصود العاقدين، والإفصاح عن مكنون صدريهما، كما أن الصيغة القولية هي الأكثر استعمالاً في العقود، وشيوعاً بين الناس، وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على أن العقد يتم بالصيغة القولية إذا تلفظ العاقدان بلغة يفهم منها المراد وكانت دالة على العقد الذي يريدان إبرامه[1].

إذا تقرر أن العقد ينعقد بالصيغة القولية عند عامة أهل العلم، فإنهم كذلك متفقون على أن الصيغة لا تتقيد بألفاظ معينة، بل كل لفظ دل على المقصود، وفهم منه مراد العاقدين، فهو لفظ معتبر في صيغة الإلزام، ولم يكن هناك استثناء إلا

---

(١) الهداية ٢١/٣، شرح فتح القدير ٢٣٠/٦، حاشية رد المحتار ٥٠٤/٤، مواهب الجليل ٢٢٨/٤، ينظر شرح الزرقاني ٣/٣، روضة الطالبين ٣٣٦/٣، المغني ٧/٦، كشاف القناع ١٤٦/٣، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٣٢٨/٤.

لبعض العقود[١]. فالصيغة لا يشترط فيها لفظ معين، ولا عبارة مخصوصة، يقولها العاقدان لأجل أن يتم العقد، بل كل لفظ، وعبارة تؤدي إلى إيضاح المراد النفسي للعاقدين، وتبين رضاهما، فهي صيغة معتبرة في إبرام العقود، إلا أن هناك بعض العقود التي رأى بعض أهل العلم رحمهم الله أنها مستثناة من هذا العموم، وأن لها صيغة معينة تنعقد بها، كعقد النكاح، [٢] والسلم[٣].

النوع الثاني: الصيغة الفعلية:

سبق أن الصيغة إما أن تكون قولية، وإما أن تكون فعلية، وأن أهل العلم رحمهم الله عادة ما يبدءون بالقولية؛ لقوتها، وكثرة استعمالها، إلا أن العقد ربما انعقد بغير اللفظ، وهو الفعل، ويتنوع هذا الفعل، فقد يكون معاطاة، أو إشارة، أو كتابة[٤].

---

(١) شرح فتح القدير ٢٣٢/٦، مواهب الجليل ٢٢٩/٤، المنثور في القواعد ٤١٢/٢، مغني المحتاج ١٨٣/٤، كشاف القناع ١٤٧/٣.

(٢) الاختيار ٨٣/٣، شرح فتح القدير ٣/ ١٨٦، بداية المجتهد ٢٠٦/٤، عقد الجواهر الثمينة ١١/٢، المهذب ٤٢/٢، الحاوي الكبير ١٥٢/٩، المغني ٤٦٠/٩، الإنصاف ٤٥/٨.

(٣) بدائع الصنائع ٢٠١/٥، حاشية رد المحتار ٢٠٩/٥، عقد الجواهر الثمينة ٥٥٥/٢، الخرشي على مختصر خليل ٢٢٣/٣، الحاوي الكبير ٣٨٩/٥، حلية العلماء ٣٥٩/٤، التوضيح ٦٤٥/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٥.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٤/٥، عقد الجواهر الثمينة ٣٢٧/٢، المجموع ١٩٠/٩، المغني ٧/٦.

المبحث الثالث

شروط صيغة الإلزام

إن وجود الصيغة أياً كان نوعها، قولية كانت، أو فعلية في العقد ليس ذلك كافياً في إلزام أحد طرفي العقد بتلك الصيغة؛ ذلك أن الصيغة قد توجد من العاقدين حقيقة، إلا أنها غير معتبرة شرعاً؛ لأن الشروط التي اشترطها العلماء في الصيغة لم تتحقق فيها، ولذا فإن العاقدين لا يلزمان بالعقد الذي تكون فيه الصيغة غير مكتملة الشروط، وتنحصر شروط الصيغة فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون الصيغة مفهومة:

بمعنى أن يكون كل واحد من المتعاقدين على علم بمراد العاقد الآخر ومقصده، فإن كانت الصيغة التي أبرم بها العقد غير واضحة الدلالة على العقد الذي يريدانه، لا لغة، ولا عرفاً، كأن يكون أحدهما لا يفهم اللغة التي يتكلم بها الآخر، أو يكون لهذه الصيغة معنى آخر في العرف، فإنه لا يمكن أن يلزم أحدهما بذلك العقد؛ لأن الصيغة غير مفهومة لكلا الطرفين، ولم توجد منهما العبارة التي تدل على الرضا، والقبول بذلك العقد، وتستوي في هذا الحكم الصيغة القولية، والفعلية، وقد سبق بيان نقول العلماء رحمهم الله في اشتراط الفهم في الصيغة؛ لأنها إذا لم تكن مفهومة فإن وجودها، وعدمها على حد سواء؛ لانتفاء دلالتها على المطلوب.

الشرط الثاني: أن تكون الصيغة متوافقة:

يراد بتوافق الصيغة أن يكون القبول على وفق الإيجاب، ويكون ذلك في نوع العقد، والثمن، والمدة، والحلول، والتأجيل.

فتوافق الصيغة في نوع العقد كأن يقول البائع مثلاً: بعتك هذه الدار بألف، فيقول المشتري: قبلت ذلك أو قبلت شراء دارك بألف، فإن الصيغة هنا اتفق فيها

القبول مع الإيجاب، أما إذا لم يحصل التوافق بين الإيجاب، والقبول في نوع العقد، كأن يقول البائع: بعتك سيارتي بألف، فيقول المشتري: قبلت هبتك، أو عاريتك، فإنه لا يصح العقد؛ لأن القبول تضمن عقداً مخالفاً للعقد الذي اشتمل عليه الإيجاب، فالهبة والعارية عقدان مغايران لعقد البيع، إلا أن يجري العرف بالتعبير بالهبة في القبول، كما في حال نقصان القيمة للمبيع، فيجيب المشتري بصيغة الهبة؛ تنبيهاً على مسامحة البائع في الثمن، وتيسيره.

وتوافق الصيغة في الثمن كأن يقول البائع مثلاً: بعتك هذه الدار بألف، فيقول المشتري: قبلت شراء دارك بألف، فإن الصيغة هنا اتفق فيها القبول مع الإيجاب، أما إذا لم يحصل التوافق بين الإيجاب والقبول في الثمن، فمثاله أن يقول البائع: بعتك سيارتي بألف، فيقول المشتري: قبلت بتسعمائة، فإنه لا يصح العقد؛ لأن البائع يريد بيع سلعة بما تلفظ به بينما قبول المشتري لم يكن على مراد البائع.

وتوافق الصيغة في المدة، كأن يحدد المؤجر المدة بشهر، فيقبل المستأجر ذلك على المدة نفسها، فإن الصيغة هنا اتفق فيها القبول مع الإيجاب، أما لو قبل الإستئجار على شهرين مثلاً فإن العقد لا يصح؛ لأن القبول لم يكن على وفق الإيجاب، فالقبول في مدة العقد مخالف لإيجاب المؤجر فالأجرة لشهر تختلف عن الشهرين، فلم يكن هناك توافق في مدة العقد.

وتوافق الصيغة في الحلول والتأجيل، فمثاله أن يقول البائع: هذه السيارة بألف حالة، فيقول المشتري: قبلت شراءها حالة، فلو وقع القبول على غير وفق الإيجاب هنا، فإنه لا يصح العقد، مثل أن يقول له: قبلت شراءها بألف بعد سنة، فهنا اختلف القبول عن الإيجاب؛ لأنه مؤجل، والإيجاب معجل حال[1].

---

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٥، حاشية الدسوقي٣/٣، المجموع ٢٠٠/٩، كشاف القناع ١٤٦/٣.

الشرط الثالث: اتصال القبول بالإيجاب:

الأصل الإلزام بالصيغة، فإذا استوفت الصيغة الشروط تم الإلزام، ومن هذه الشروط اتصال القبول بالإيجاب، وذلك بأن لا يفصل بينهما فاصل، واتصال القبول بالإيجاب هو شرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله.[1]

وبهذا يتبين أن الركن الثالث من أركان لزوم العقد وهو الصيغة يصح بكل لفظ، أو كتابة، أو إشارة يفهم العاقدان به المراد، سواء كان في عقود المعاوضات المالية، أو التوثيق، أو التبرع، أو النكاح، ولا بد في الصيغة من أن تكون مفهومة للعاقدين، وأن يكون القبول على وفق الإيجاب، ومتصلاً به، فإذا توفرت هذه الشروط في هذا الركن وانضمت الصيغة مع الركنين السابقين وشروطهما اكتملت هذه الأركان التي بموجبها يكتسب العقد صفة اللزوم إذا كان من العقود اللازمة للطرفين، أو لأحدهما.

---

(١) بدائع الصنائع ١٣٧/٥، وشرح فتح القدير ٢٣٧/٦، مواهب الجليل ٢٤٠/٤الحاوي الكبير ٥/ ٤٢، كشاف القناع ١٤٧/٣.



الباب الثاني

أنـــواع اللزوم العقدي وآثـاره

ويشتمل على فصلين.:

الفصل الأول: أنواع لزوم العقد.

الفصل الثاني: آثار لزوم العقد.

الفصل الأول

أنـــواع لــزوم العــقد

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: العقد اللازم للطرفين معاً .

المبحث الثاني: العقد اللازم لأحد الطرفين .

المبحث الثالث: العقد الجائز الذي يؤول إلى اللزوم.

المبحث الرابع: العقد الجائز للطرفين.

المبحث الأول

العقد اللازم للطرفين

يشتمل هذا المبحث على اثني عشر مطلباً:

المطلب الأول

البيوع

تعريف البيع:

في اللغة مأخوذ من باع يبيع بيعاً فهو بائع، وسمي بذلك؛ لأن كلاً من المتبايعين يد باعه، والبيع من الأضداد، فيطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، يشهد لذلك قوله ﷺ: (البيعان بالخيار)[١] فوصف المشتري بكونه بائعاً، لكن إذا أطلق البائع فإن المتبادر إلى الذهن باذل السلعة، وقد يطلق البيع ويراد به المبيع، فيقال: بيع جيِّد[٢].

وفي الاصطلاح: مبادلة مال بمال تملّكاً، وتمليكاً.[٣]

لزوم عقد البيع للطرفين:

البيع من العقود التي تلزم الطرفين جميعاً، فإذا صدر الإيجاب، والقبول من العاقدين، وصف العقد بأنه لازم لهما بعد تفرقهما من مجلس التعاقد، وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على وصف عقد البيع بأنه لازم للطرفين معاً البائع، والمشتري[٤].

---

(١) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/١٠، صحيح مسلم ٥/١٠.

(٢) معجم مقاييس اللغة ١/٣٢٧، لسان العرب ٨/٢٣، المصباح المنير ٢٧.

(٣) المغني ٦/٥، ينظر بقية التعاريف: حاشية رد المحتار ٤/٥٠٢، شرح فتح القدير ٦/٢٢٩، عقد الجواهر الثمينة ٢/٣٢٥، مواهب الجليل ٤/٤٢٢، مغني المحتاج ٢/٣، بيجرمي على الخطيب ٣/٤.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٤٣، شرح فتح القدير ٦/٢٣٨، مجمع الأنهر ٢/٧، حاشية رد المحتار ٤/٥٢٨، التلقين ٢/٣٦٣، ٣٦٤، عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٥٥، المجموع ٩/١٧٣، مغني المحتاج ٢/٥٩، بيجرمي على الخطيب ٣/٣١، كشاف القناع ٣/٢٠٠، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤/٤٢٠.

فأهل العلم رحمهم الله متفقون على أن عقد البيع لازم للطرفين، إذا كان بعد تفرقهما، ولا يحق لأحدهما فسخ العقد، إلا أن يكون هناك سبب يوجب الفسخ .

شروط لزوم عقد البيع للطرفين:

قد تبين أن عقد البيع من العقود التي تلزم الطرفين جميعاً بمجرد صدور التعاقد منهما ؛ إلا أن هذا اللزوم مفتقر إلى جملة من الشروط لابد من توفرها للحكم بلزوم عقد البيع، وهذه الشروط قد تقدم بسطها عند ذكر الشروط العامة، فإذا توفرت شروط عقد البيع، فإن العقد يكون لازماً للطرفين، وهما البائع، والمشتري، فلا يحق لأحدهما ترك العقد إلا أن يكون الطرف الآخر قد رضي بذلك الفسخ، أما إذا لم يرض فإن العقد لازم لهما، إلا أن يكون هناك خيار فالعقد حينئذ لا يكتسب اللزوم ؛ إلا بعد زوال ذلك الخيار.

العقود التي تلحق بالبيع:

إذا تقرر أن عقد البيع لازم للطرفين لا يحق لأحدهما فسخه إلا برضا الطرف الآخر، فإن هناك عقوداً تندرج تحت اسم البيع وإن كان لها اسم يخصها وهي :

أولاً: عقد الصرف:

تعريف الصرف:

الصرف في اللغة: مأخوذ من صَرَف، يصْرِف، صَرْفاً، وهو رد الشيء عن وجهه، ويأتي بمعنى الإنفاق يقال: صرفت المال، أي أنفقته، والصرف: هو فضل الدرهم على الدرهم، أو الدينار على الدينار ؛ لأن كل واحد منهما يصرف عن قيمة صاحبه[١].

و في الاصطلاح: بيع نقد بنقد[٢]. وسمي الصرف بذلك لأحد أمور:

---

(١) لسان العرب ١٨٩/٩، المصباح المنير ١٢٩.

(٢) الهداية ٨١/٣، شرح فتح القدير ١٢٦/٧، حاشية الدسوقي ٢/٣، الأم ٣١/٣، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٩١/٤.

الأول: لصوتهما في الميزان، فإن الصوت يسمى بالصريف.

الثاني: من انصرافهما عن مقتضى البياعات، من عدم جواز التفرق قبل القبض، وعدم الزيادة مع اتحاد الجنس[١].

الثالث: لحاجة النقل في بدليه من يد إلى يد.

الرابع: لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة، إذ لا يشفع بعينه[٢]، والصرف هو الزيادة[٣].

لزوم عقد الصرف للمتصارفين:

عند الرجوع لكتب أهل العلم رحمهم الله نجدهم يدرجون الصرف في البيع، بل نجد من صرح بأن الصرف يعتبر بيعاً[٤]. الصرف نوع من أنواع البيوع، وهو آخذ حكم البيع من حيث اللزوم للطرفين، وتخصيص هذا النوع من البيوع بهذا الاسم إنما هو مصطلح للتمييز؛ نظراً لاختصاصه ببعض الأحكام التي لا توجب خروجه عن حقيقة البيع، وحكمه، ويشمل هذا لزوم عقده لكلا الطرفين، فلا يحق لأحد المتصارفين أن يرجع عن عقد الصرف بعد لزومه، أو يقوم بفسخه إلا برضا الطرف الثاني.

شروط لزوم عقد الصرف:

يستلزم الحكم بصحة عقد الصرف، واعتباره لازماً أن تتوفر الشروط الشرعية للحكم بذلك وهذه الشروط تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: شروط عامة، وهي الشروط التي سبق ذكرها في لزوم عقد البيع، حيث تعتبر أصلاً في كل عقد من عقود المبايعات.

القسم الثاني: شروط خاصة، وهي الشروط التي تختص بعقد الصرف، زائدة عن الشروط العامة، وهي تنحصر في ثلاثة شروط هي:

---

(١) الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/٤٩١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٥، الهداية ٣/٨١.

(٣) لسان العرب ٩/١٩١.

(٤) الهداية ٣/٨١، بداية المجتهد ٥/٦٨، المهذب ١/٢٧٩، الروض المربع ٢/١٧٩.

الشرط الأول: تقابض البدلين في عقد الصرف:

وذلك بأن يقبض كل من العاقدين النقد من الآخر في مجلس التعاقد، قبل أن يتفرقا عنه، فإن تفرقا قبل القبض لم يصح الصرف، وينبني على ذلك عدم لزومه؛ لفساد العقد.

وهذا الشرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله يقول الإمام أبو بكر بن المنذر رحمه الله: «وأجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد..»[١] اهـ.

والأصل في اشتراط ذلك ما ورد عن عبادة بن الصامت ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد)**[٢].

ووجه الدلالة: أن هذا الحديث دل على وجوب التقابض في البدلين من وجهين:

الوجه الأول: قوله ﷺ **(يداً بيد)** حيث نص ﷺ على اشتراط التقابض في صرف الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وهذا يدل على أنه لا يجوز تأخير أحدهما عن الآخر.

الوجه الثاني: في قوله ﷺ **(فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد)** حيث أوجب التقابض في الصنفين المختلفين، فدل على اشتراطه، وأنه لا يجوز الافتراق قبل حصول القبض؛ وإلا وقع الربا[٣]، وعلى هذا فيعتبر شرط التقابض لازماً في الصرف، سواء وقع مع اتحاد الصنفين من الأثمان، والمطعومات،

---

(١) الإجماع لابن المنذر ١١٨، ينظر بدائع الصنائع ٥/٢١٥، بداية المجتهد ٥/٧٤، الأم ٣/٣١، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/٥٢٤.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/٤٤.

(٣) شرح مسلم للنووي ١١/١٤، سبل السلام ٣/٨٤٥.

أو مع اختلافهما، واتحاد جنس الثمنية، والطعم كما تقدم، وعليه فلا يحكم بصحة عقده، ولزومه إلا بعد توفر هذا الشرط.

الشرط الثاني: أن يكون عقد الصرف خالياً عن خيار الشرط:

كأن يتم عقد الصرف بين الطرفين فيشترط أحدهما أنه يكون بالخيار في القبول، أو الرد مدة يومين مثلاً، فالخيار يمنع ثبوت الملك، أو تمامه في المعقود عليه، وذلك يخل بالقبض، الذي هو شرط في صحة الصرف، لهذا اشترط أهل العلم رحمهم الله في عقد الصرف أن يكون خالياً من خيار الشرط وهذا باتفاقهم رحمهم الله.[١]

وعلة ذلك أن الخيار يجعل بين المتعاقدين بعض الترابط، وعدم البت في العقد، والصرف لا يقبل ذلك؛ لاحتمال تغير السعر، يشهد لذلك ما قاله الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «لأن موضوعها - أي عقد الصرف، والسلم، وبيع مال الربا بجنسه - على أن لا يبقى بينهما عُلْقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض، وثبوت الخيار يبقى بينهما عُلَقا»[٢] كما أكد هذه العلة الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله عند بيانه لعلة التحريم في هذه المسألة بقوله: «لأن القبض في هذا العقد - يعني الصرف - شرط بقائه على الصحة، وخيار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع صحة القبض»[٣].

الشرط الثالث: أن يكون البدلان متماثلين إذا كانا جنساً واحداً:

فإذا كان المبيعان من جنس واحد من الموزونات، فإنه لابد من التماثل بينهما، وهذا الشرط الأصل فيه ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت ﷺ وفيه (.. **مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**)، فبين النبي ﷺ أنه لابد من التماثل عند اتحاد الصنف، والجنس في المبيع من

---

(١) بدائع الصنائع ٢١٩/٥، مواهب الجليل ٣٠٨/٤، الحاوي الكبير ٣٠/٥، المغني ٤٨/٦.

(٢) المغني ٤٨/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢١٩/٥.

الموزونات، وهذا الشرط أيضاً متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله في الذهب، والفضة عند اتحادهما، واختلفوا في إلحاق غيرهما بهما.[١]

وهذه الشروط الآنفة الذكر، من التقابض في المجلس، وعدم الخيار، وعدم التفاضل في الجنس الواحد يلحظ فيها أن العاقدين يقومان بإنهاء التعاقد في حينه، فلا يكون بينهما ارتباط بعد زوال المجلس؛ لأن الصرف من صفته أنه دائم التغير، فإذا لم ينهيا العقد فربما حدث في سعر الصرف تغير حاد فترتب على عدم إنهاء العقد وبتّه نزاع بين الطرفين، أما في حالة بت العقد، وقبضه فكل منهما قد ملك ما انتقل إليه، فما حدث من تغير فهو في ملكه، والشريعة الإسلامية تحرص دائماً على بتر جذور كل ما يؤدي لحدوث نزاع بين أفراد المجتمع الإسلامي.

وبهذا يظهر أن عقد الصرف لازم للمتصارفين جميعاً، فلا يحق لأحد الطرفين أن يرجع عن الصرف، أو أن يفسخه ما لم يرض الطرف الآخر بذلك، وهذا اللزوم مفتقر إلى هذه الشروط الثلاثة، فلا يحكم به إلا بعد تحققها، ووجودها.

ثانياً: عقد السلم:

تعريف السلم:

في اللغة: مأخوذ من أسلم، وهو مثل أسلف وزناً، ومعنى، يقال: أسلم في الشيء، وسلّم، إذا أعطى الثمن مقدماً، وتكون السلعة مؤجلة.[٢]

وفي الاصطلاح: هو بيع موصوف في الذمة بثمن مقبوض بمجلس العقد[٣].

---

(١) الهداية ٨١/٣، التلقين ٣٧٧/٢، مغني المحتاج ٣١/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٩٥/٤.

(٢) لسان العرب ٢٩٥/١٢، المصباح المنير ١٠٩.

(٣) كشاف القناع ٢٨٨/٣، ينظر شرح فتح القدير ٦٦/٦، حاشية الدسوقي ١٩٥/٣، منهاج الطالبين ١٤٢/٢.

لزوم عقد السلم للطرفين:

عقد السلم هو نوع من البيع، فحقيقته أن فيه المبادلة، غير أن الثمن في السلم يكون معجلاً، والمثمن يكون مؤجلاً، فالمعنى العام للبيع ينطبق على السلم، كما أن اصطلاح العلماء رحمهم الله للبيع ينطبق على السلم ففيه مبادلة مال بمال.(١) وإذا كان السلم بيعاً، فهو عقد لازم للطرفين المسلِم، والمسلَم إليه، فيلزم كل منهما بإتمامه، وعدم فسخه دون أن يوافق الطرف الآخر.(٢)

شروط لزوم عقد السلم:

السلم وإن كان نوعاً من البيع إلا أن له شروطاً تخصه، تضاف إلى الشروط العامة للزوم، والتي سبق ذكرها عند بيان أركان لزوم العقد، وشروطه، وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله، ومنها ما هو مختلف فيه بينهم، وهي:

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفة:

المسلم فيه يشترط فيه أن يكون مما يمكن ضبطه بالصفة التي يختلف الثمن باختلافها، فيذكر كل صفة يختلف الثمن باختلاف أحوالها، فيزيد الثمن عند وجود بعضها، وينقص عند فقدانها، والعلم بمثل هذه الصفات لا طريق إليه إلا بالرجوع إلى العوائد، واختلاف المقاصد، فإذا لم يمكن ضبط المسلم فيه بالصفة فلا يصح السلم فيه؛ لأن البيع فيه يكون على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز، ولذا فقد بين أهل العلم رحمهم الله ما يصح فيه السلم من المكيلات، والموزنات، والمذروعات، والمعدودات، التي يمكن أن تضبط صفاتها، وذكروا أمثلتها من الحبوب، والدواب، والأخشاب، والأحجار، والحديد، والرصاص، والزجاج، وغير ذلك، كما ذكروا أمثلة لا يصح فيها السلم كالأواني التي تكون مختلفة الأعالي، والأسافل،

---

(١) الاختيار ٢/ ٣٤، المغني ٦/ ٣٨٤.

(٢) الحاوي الكبير ٥/ ٤٠٣.

كالأباريق، والأواني مختلفة الأجزاء، والتي لا يمكن أن تنضبط بالصفة، خاصة في الأزمنة القديمة، لكن لو أمكن ضبط صفاتها كما في هذا العصر الذي أصبحت الصناعة فيه على درجة من الدقة، وأمكن ضبط المقاييس فيها بدقة متناهية، فإن الحكم يختلف، فيصبح السلم فيها جائزاً، فمدار هذا الشرط أن يخلو العقد من الغرر المبني على وجود الجهالة المفضية إلى التنازع، والاختلاف[1].

الشرط الثاني: أن يقبض رأس المال في مجلس العقد:

إذا تم تحديد رأس المال، فهل لا بد من قبضه في مجلس العقد، أم يصح العقد، ولو تفرقا قبل تسليم رأس المال في مجلس العقد؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين الجمهور على اشتراط تقديم رأس المال.[2]

الشرط الثالث: أن يكون رأس مال السلم معلوماً:

رأس المال في السلم إن كان في الذمة ولم يكن معيناً، فلا خلاف في اشتراط معرفة صفته؛ لأنه أحد عوضي السلم، وقد نص على عدم الخلاف في هذه المسألة الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله.[3]

أما إذا كان الثمن معيناً، فقولان لأهل العلم في اشتراط معرفة وصفه، أرجحهما أنه يشترط؛ لأن عقد السلم لا يملك العاقدان إتمامه في الحال، ولا تسليم المعقود عليه، ولا يؤمن انفساخه، فوجب معرفة رأس المسلم فيه ليرد بدله كالقرض[4].

---

(١) الهداية ٧١/٣، عقد الجواهر الثمينة ٥٦٠/٢، المهذب ٣٠٤/١، كشاف القناع ٢٨٩/٣، هناك خلاف بين العلماء في بعض الأشياء هل يصح السلم فيها؟ وذلك للخلاف في إمكانية ضبط صفاتها أم لا.

(٢) بدائع الصنائع ٢٠٢/٥، مغني المحتاج ١٤١/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٥٤/٢، المغني ٤٠٨/٦.

(٣) المغني ٤١١/٦.

(٤) المغني ٤١١/٦، ينظر بدائع الصنائع ٢٠١/٥، المعونة ٩٨٣/٢ مغني المحتاج ١٤٢/٢.

الشرط الرابع: أن يكون المسلم فيه موصوفاً في الذمة:

لما كانت حقيقة السلم قائمة على الدين، فإنه لا يتحقق بيع السلم إلا بالأجل، فلا يصح السلم في معين كالدور، والعقار؛ لأنه يؤدي إلى بيع معين إلى أجل، و لا تكون فيه فائدة للتأجيل ما دام المثمن حاضراً فلم يفارق البيع، وإذا كان السلم مبنياً على الأجل، فلابد من أن يكون المسلم فيه موصوفاً في الذمة، وصفاً يمنع جهالته، فلا يحصل النزاع عند التسليم، وهذا الشرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله[١].

الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل معلوم:

اختلف أهل العلم رحمهم الله هل يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً؟ وذلك على قولين الجمهور على اشتراط التأجيل[٢]. أما الشافعية فلم يشترطوا ذلك[٣].

وأهل العلم متفقون على أن يكون الأجل معلوماً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال ابن عباس رضي الله عنهما: نزلت هذه الآية في السلم خاصة[٤]، فوصف الأجل بأنه مسمى دليل على أن الجهالة لا تجوز، قال الإمام ابن المنذر رحمه الله: «دل قول الله تعالى: ﴿إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى﴾[البقرة: ٢٨٢]، على أن السلم إلى الأجل المجهول غير جائز»[٥]اهـ، ولأن النبي ﷺ قال: (**إلى أجل معلوم**)[٦]، قال الإمام

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٠٢؛ المعونة ٢/٩٨٣، روضة الطالبين ٤/٦، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٤.

(٢) الهداية ٣/٧٣، المعونة ٢/٩٨٣، المغني ٦/٤٠٢.

(٣) روضة الطالبين ٤/٧، مغني المحتاج ٣/١٤٣.

(٤) المحرر الوجيز ٢/٥٠٠.

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٣/٣٧٨.

(٦) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/٤٤، صحيح مسلم ٣/٥٥.

الموفق ابن قدامة رحمه الله: «أنه لا بد من كون الأجل معلوماً... لا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافاً»[(١)] اهـ.

الشرط السادس: أن يكون المسلم فيه معلوماً:

لما كان السلم لغائب عن مجلس العقد، وطريق العلم بالمثمن تكون تارة بالرؤية، وتارة بالوصف، والرؤية ممتنعة هنا، فلم يبق إلا الوصف، فيتم وصف المسلم فيه وصفاً يؤدي إلى العلم به، علماً يمنع الجهل، فيبين المسلم فيه من حيث الجنس، والنوع، والجودة، والمقدار، فإن كان مكيلاً فبالكيل، وإن كان موزونا فبالوزن، وإن كان معدوداً فبالعد، وإن كان مذروعاً فبالذرع، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «لا نعلم في اعتبار المقدار خلافاً»[(٢)].

ومستند ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم**) الحديث، فذكر الكيل والوزن، وأما العد والذرع فيمكن ضبط المسلم فيه بهما فيكون العد، والذرع، كالكيل، والوزن.[(٣)]

الشرط السابع: أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله:

مقتضى هذا الشرط أن يكون المسلم فيه ممكن الوجود في الوقت الذي يكون فيه الأجل قد حل، حتى يمكن تسليمه إلى المسلم، فإن لم يكن كذلك فلا يصح السلم؛ لأن هذا العقد على هذا الوجه يكون من باب الغرر المنهي عنه شرعاً، وهذا الشرط باتفاق أهل العلم رحمهم الله، قال الإمام الموفق بن قدامة رحمه الله: «الشرط الخامس: وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافاً،

---

(١) المغني ٤٠٣/٦، ينظر بدائع الصنائع ٢١٢/٥، المعونة ٩٨٣/٢، مغني المحتاج ١٤٣/٣.

(٢) المغني ٤٠٠/٦، ينظر بدائع الصنائع ٢٠٧/٥، المعونة ٩٨٣/٢، مغني المحتاج ١٤٦/٣.

(٣) المعونة ٩٨٣/٢، المغني ٤٠١/٦.

وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه، وإذا لم يكن عام الوجود، لم يكن موجوداً عند المحل لحكم الظاهر، فلم يمكن تسليمه، فلم يصح بيعه، كبيع الآبق، بل هو أولى»[1].

فإذا توفرت هذه الشروط في السلم انعقد صحيحاً، واكتسب صفة اللزوم للطرفين، ولزمهما الوفاء به، ولم يكن من حق أحدهما فسخه إلا بعد رضا الطرف الآخر.

ومن أمثلة السلم المستجدة في هذا العصر ما يتم الاتفاق عليه بشراء سيارة، أو طائرة، أو سفينة، أو قطار، من نوع مخصوص وبتاريخ صنع قادم لم ينزل بعد في السوق، حيث يتم التعاقد عليه بين المشتري، وبين الشركات المتخصصة في إنتاج مثل هذه السلع، وحينئذ يجري التعاقد على بيع موصوف في الذمة مشروط فيه العمل، فيتفق الطرفان على نوعية السلعة المراد تنفيذها، وصفاتها، والخصائص التي يريدها المشتري فيها، وأعدادها المطلوبة، ثم يتم ضرب الأجل، ودفع المبالغ المتفق عليها.وهذا في الحقيقة ضرب من عقد السلم، من جهة كونه بيعاً لموصوف في الذمة، دفع ثمنه مقدماً، على أن يتم تسليمه في الأجل المتفق عليه.وعلى هذا فيشترط فيه ما يشترط في السلم من قبض رأس المال في مجلس العقد، وضبطه بالصفة على وجه لا جهالة فيه، ولا غرر، وأن يكون الأجل معلوماً.

وهكذا السلم في تنفيذ الأبواب والنوافذ للمنازل وغيرها حيث تكون هناك مواصفات ومقاييس لتلك الأبواب والنوافذ ومدة يتم فيها التسليم.وهكذا يقال في خياطة الثياب حيث يقوم الخياط بتأمين القماش و من ثم خياطته على الصفة المتفق عليها، من حيث المقاس والشكل، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فإذا توفرت في جميع هذه الصفقات الشروط المعتبرة لصحة السلم حكمنا بصحة العقد، ولزومه للطرفين.

---

(١) المغني ٤٠٦/٦، ينظر بدائع الصنائع ٢١١/٥، عقد الجواهر الثمينة ٥٥٨/٢، روضة الطالبين ١١/٤.

ثالثاً: عقد الشفعة:

تعريف الشفعة:

هي مأخوذ من الشفع، وهو ضد الوتر، يقال: شفعت الشيء شفعاً، إذا ضممته إلى الفرد، وهي مشتقة من الزيادة؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وتراً، فصار زوجاً شفعاً.[١]

وفي الاصطلاح: استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بمثل ثمنها[٢].

ومثال الشفعة أن يكون زيد، وعمرو شركين في عقار، فيقوم زيد ببيع نصيبه على شخص آخر، فالشارع هنا أعطى عمراً الحق في أخذ حصة شريكه ممن اشتراها، وإن لم يرض شريكه، والمشتري، وذلك لأن الشافع قد يلحقه ضرر من هذا المشتري الجديد، فأعطى الشرع الشافع الحق في أخذ ذلك النصيب، دفعاً لذلك الضرر المحتمل.

لزوم عقد الشفعة للطرفين:

لما كانت الشفعة في الحقيقة بيعاً، فالشريك يقوم بشراء حصة شريكه، لكن هنا يكون الشراء مع سخط الشريك، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «لأن الشفعة بيع في الحقيقة، لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري»[٣] ا.هـ.

ومن هنا يظهر أن الشفعة تأخذ حكم البيع؛ لأنها مبادلة مال بمال، إلا أن الشافع يأخذ المبيع بالثمن الذي استقر عليه العقد الأول، فالشرع اثبت للشافع حق

---

(١) لسان العرب ١٨٣/٨، المصباح المنير ١٢١.

(٢) تكملة شرح فتح القدير ٣٧٦/٩، حاشية رد المحتار ٢١٦/٦، حاشية الدسوقي ٤٧٣/٣، مغني المحتاج ٤٠٠/٢، المغني ٤٣٥/٧ الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٢٦/٥.

(٣) المغني ٤٤٠/٧، ينظر: كشاف القناع ١٤٠/٤.

الانتزاع، لدفع ضرر الشريك الجديد، وإذا ثبت كون الشفعة بيعاً فإنها تكون لازمة للطرفين، فلا يحق للشافع، أو المشفوع عليه فسخ العقد، دون أن يكون هناك رضى من الطرف الآخر.

شروط لزوم عقد الشفعة:

لا تكون الشفعة لازمة للمتعاقدين إلا إذا توفرت فيها الشروط المعتبرة للحكم بصحتها، والتي تضاف إلى الشروط العامة لأركان لزوم العقد المتقدمة، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون المشفوع فيه منتقلاً بعوض مالي:

فأما المنتقل بغير عوض، كالهبة لغير ثواب، والصدقة، والوصية، والإرث، فلا شفعة فيه، في قول عامة أهل العلم رحمهم الله.[١] وفي رواية للإمام مالك[٢] رحمه الله وهو قول الإمام ابن أبي ليلى رحمه الله[٣] أن الشفعة تكون في المنتقل بغير عوض.

والذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو قول الجمهور؛ لأن الهبة والصدقة يكون الملك فيها منتقلاً بغير عوض، فأشبه الملك المنتقل بالإرث، ثم ليس هناك عوض يدفع الشفيع مثله إذا كان منتقلاً بغير عوض.[٤]

الشرط الثاني: أن يكون اشتراك في الملك، أو في حق من حقوق الأملاك:

المراد بذلك أن الشفعة لا تقع إلا في الأملاك المشتركة، أو يكون الاشتراك في حقوق الأملاك كالآبار في المزارع، والطرقات، والمداخل في البيوت، ونحو ذلك، والعقارات المشتركة على هذا الوجه منه ما هو غير مقسوم باق على أصل الشركة فيه

---

(١) الاختيار ٤٢/٢، المعونة ١٢٧١/٢، مغني المحتاج ٤٠٣/٢، المغني ٧/ ٤٤٤.

(٢) المعونة ١٢٧١/٢.

(٣) المغني ٤٤٤/٧.

(٤) المصدر السابق.

بين اثنين، أو أكثر، ومنها ما هو مقسوم، ثم هذا المقسوم منه ما تقع الشركة فيه في مرفق من مرافقه، ومنه ما هو بخلاف ذلك، والشفعة في هذا كله فيها تفصيل، وخلاف بين أهل العلم رحمهم الله.[١]

الشرط الثالث: أن يكون المشفوع فيه عقاراً:

الشيء المملوك إما أن يكون ثابتاً أو منقولاً، فإن كان ثابتاً، وذلك كالعقار من الدور، والأراضي، والبساتين، ونحوها، فإن الشراكة فيها هي التي يدوم ضررها، فإذا باع الشريك نصيبه دون علمه، فإنه يكون من حق شريكه إذا علم أن يأخذه بالشفعة باتفاق أهل العلم رحمهم الله.قال الإمام ابن رشد الحفيد رحمه الله: " اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور، والعقار، والأرضين كلها " اهـ[٢]

أما غير العقار فإن كان تبعاً للعقار كالفناء، والغراس ففيه الشفعة، وقد ذكر الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله أن ما كان تبعاً للعقار فيه الشفعة بلا خلاف يعرف[٣]. وأما إن كان منقولاً كالحيوان، والثياب، والسفن، ونحوها، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ثبوت الشفعة فيه على قولين الجمهور على أنه لا شفعة في المنقول[٤].

الشرط الرابع: أن يكون المشفوع فيه مما يمكن قسمه:

المشفوع فيه قد يكون بحال يمكن معه القسمة دون حصول ضرر على أحد الطرفين، وذلك كأن يكون كبيراً، فلو طلب أحدهما أن يقسم بينهما لتم ذلك، وحصل لكل منهما الانتفاع بما آل إليه من قسم، فحينئذ لا إشكال في ثبوت

---

(١) الاختيار ٤٣/١، عقد الجواهر الثمينة ٧٥٧/٢، المهذب ٣٨٤/١، المغني ٤٣٦/٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢٠٥/٥.

(٣) المغني ٤٣٩/٧.

(٤) الاختيار ٤٢/٢، حاشية رد المحتار ٢١٧/٦، المعونة ١٢٦٨/٢، المهذب ٣٨٤/١، المغني ٤٤٠/٧.

الشفعة لحصول الضرر عليه من جراء البيع، وهذا بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله[١]، فإن كان العقار لا يمكن قسمه إلا بحدوث ضرر كالحمام الصغير، والطريق الضيقة، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ثبوت الشفعة فيما لا يمكن قسمته[٢].

الشرط الخامس أن يأخذ المشفوع فيه جميعاً[٣]:

المراد بهذا الشرط أن الشافع حينما يشفع على المشتري فإنه يجب عليه أن يأخذ كل المشفوع فيه بثمنه، فلا يأخذ البعض دون البعض، فحينما تكون الشركة بين شخصين في دار لكل منهما نصفها، فأراد أحد الشريكين بيع نصيبه، وهو النصف، فشفع الشريك الآخر، وقال: أنا أشفع في نصف نصيبك الذي هو الربع، أما الربع الآخر فلا حاجة لي فيه، أو لا قدرة لي على ثمنه، فإنه يقال حينئذ: إما أن تشفع في كله، أو تتركه كله، فلا يحق لك أن تأخذ البعض، وتترك البعض؛ لأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، والقاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)[٤]، ففي أخذك البعض، وتركك البعض، ضرر على البائع لتعطل مصلحته، فقد يكون يريد البيع كاملاً، والمشتري يريد بعضه، وفيه ضرر عليه، كأن توجد عورة له تنتهك ببيع بعضه[٥]، وهذا الشرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله، قال الإمام ابن المنذر رحمه الله: «وأجمعوا... فلمن أراد الأخذ بالشفعة، أن يأخذ الجميع، أو يدعه، وليس له أن يأخذ بقدر حصته، ويترك الباقي»[٦] اهـ.

---

(١) الإشراف ٢/٥.

(٢) الاختيار ٢/٤٢، المعونة ٢/١٢٨١، المهذب ١/٣٨٤، المغني ٧/٤٤١.

(٣) الإجماع لابن المنذر١٢١، ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢١، حاشية الدسوقي ٣/٤٩٠، المهذب ١/٣٨٨، المغني ٧/٤٥٩

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦١.

(٥) المهذب ١/٣٨٨، المغني ٧/٤٥٩.

(٦) الإجماع لابن المنذر١٢١.

الشرط السادس: أن يطالب بالشفعة على الفور:

المراد بهذا الشرط أن يبادر الشفيع بالمطالبة بحقه في الشفعة بعد علمه مباشرة، فإذا تأخر عن ذلك فهل يسقط حقه في الشفعة؟ والجواب أن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في سقوط حقه في الشفعة، ولهم في ذلك قولان مشهوران[1].

وعلى القول بأن الشفعة على الفور، فإنه يستثنى من تأخر الشفيع أن لا يكون على علم بالبيع، فإذا لم يعلم فإنه يبقى على شفعته حتى يعلم، وذلك كأن يكون غير حاضر في البلد فلما قدم بعد مدة من الزمن علم بأن شريكه قد باع نصيبه فالشريك على حقه في الشفعة لأنه لم يعلم بذلك إلا بعد قدومه، وكون الشريك يبقى على حقه في الشفعة حتى يعلم مما اتفق عليه أهل العلم رحمهم الله[2].

فإذا توفرت هذه الشروط في الشفعة، فإن عقد الشفعة يكون عقداً لازماً لكل من الشفيع، والمشتري، فإذا طالب الشفيع بالشفعة، وتمت بينه وبين المشتري، فليس من حق الشافع، و لا من حق المشتري أن يفسخ أحدهما العقد إلا بعد أن يرضى الطرف الآخر.

وبهذا ظهر أن الصرف، والسلم، والشفعة عقود تندرج تحت البيع، وأنها توصف بأنها لازمة للطرفين؛ استناداً إلى أصلها فهي معاقدة مبنية على المعاوضة للمال بالمال، وخصت ببيوعات، ومعاملات معينة، وهذا لا يخرجها عن حقيقة المبادلة المالية المعتبرة في حقيقة البيع؛ ولذا فإنها تكون مثله لازمة للطرفين.

---

(١) الهداية ٤/٢٦، الاختيار ٢/٤٤، المعونة ٢//١٢٧٤، بداية المجتهد ٥/٢١٤، المهذب ١/٣٨٧، روضة الطالبين ٥/١٠٧، المغني ٧/٤٥٣، الإقناع ٢/٣٦٦.

(٢) الإشراف لابن المنذر٢/٨، ينظر: الهداية ٤/٢٦، المعونة ٢//١٢٧٤، المهذب ١/٣٨٧، المغني ٧/٤٥٣.

المطلب الثاني

الإجارة

تعريف الإجارة:

في اللغة: مأخوذة من الأجر، وهو العوض عن الشيء، يقال: أجَرَ المملوك، يأجره، أجراً، فهو مأجور، والأجير المستأجر، وجمعة أُجراء، والأجر الثواب، والأُجرة الكراء، والاسم منه الإجارة.[١]

وفي الاصطلاح: عقد على منفعة مباحة معلومة بعوض معلوم[٢].

لزوم عقد الإجارة للطرفين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في عقد الإجارة هل هو لازم للطرفين، وهما المؤجر، والمستأجر، فيكون كل منهما بعد صدور عقد الإجارة ملزماً بإمضاء العقد، وليس له حق الفسخ إلا برضا الطرف الآخر، أم أنه عقد جائز؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن عقد الإجارة من العقود التي تلزم الطرفين المؤجر، والمستأجر، وهو قول الجمهور من أهل العلم[٣] رحمهم الله.

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٦٢/١، لسان العرب ١٠/٤، القاموس المحيط ٣٦٢/١، المصباح المنير ٢.

(٢) كشاف القناع ٥٤٦/٣، ينظر بقية التعاريف: الهداية ٢٣١/٣، الاختيار ٥٠/٢، بلغة السالك ٢٦٣/٢، حاشية الدسوقي ٢/٤، مغني المحتاج ٤٤٩/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٢٩٣/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٢٠١/٤، ينظر المبسوط ٢/١٦، التلقين ٣٩٩/٢، المعونة ١٠٩١/٢، بداية المجتهد ١٥٠/٥، الذخيرة ٤٣٤/٥، الزرقاني على خليل ٣/٧، الحاوي الكبير ٣٩٢/٧، نهاية المحتاج ٣١٧/٥، مغني المحتاج ٤٨/٢، المقنع ٢١١/٢، كشاف القناع ٢٣/٤.

القول الثاني: أن عقد الإجارة عقد جائز لكلا الطرفين، المؤجر، والمستأجر، وهذا هو قول القاضي شريح رحمه الله، واختار هذا القول من المتأخرين الإمام الشوكاني، رحمه الله.(١)

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لازم للطرفين) استدل الجمهور رحمهم الله على أن الإجارة عقد لازم للطرفين بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا عام يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل يخصصه(٢).

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الإجارة تمليك للمنفعة فأشبهت البيع، والبيع عقد لازم للطرفين، فكذا الإجارة.

الوجه الثاني: أن الإجارة عقد معاوضة، عقدت مطلقة، فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ، إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد، من غير تحمل ضرر، كالبيع.(٣)

دليل القول الثاني:

(جائز للطرفين) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١) المبسوط ١٥/٧٩، بدائع الصنائع ٤/٢٠١، بداية المجتهد ٥/١٥٠، السيل الجرار ٣/٢١٠.

(٢) الحاوي الكبير ٧/٢٩٣.

(٣) بدائع الصنائع ٤/٢٠١.

الوجه الأول: أن الإجارة إباحة المنفعة، فأشبهت الإعارة، والإعارة جائزة فكذلك الإجارة[١].

الوجه الثاني: أن جواز الإجارة للحاجة، ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم فيها[٢].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو قول الجمهور من أهل العلم رحمهم الله؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدلوا به من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: وأما قياس أصحاب القول الثاني للإجارة على الإعارة، فيجاب بأنه قياس مع الفارق، ووجه الفارق أن الإجارة مشتملة على العوض، فكانت كالبيع لازمة، بخلاف الإعارة التي هي خالية من العوض، و هي على سبيل الإحسان، فكانت كالهبة، والصدقة، فلم تلزم.

ثالثاً: وأما ما ذكروا من أن الإجارة شرعت للحاجة، فيجاب عنه بأن الإجارة وإن كانت شرعت للحاجة فهي عقد معاوضة يوجب النظر من الجانبين، ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم.[٣]

وصفة لزوم العقد شاملة في الإجارة لقسميها إجارة المنافع، وإجارة الأعمال، ولا تختص بأحدهما دون الآخر، ولهذا نجد الجمهور رحمهم الله حينما نصوا فيما تقدم على لزوم عقد الإجارة لم يفرقوا بين قسم وآخر؛ لشمول الحكم للجميع.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المبسوط ١٥/ ٧٩.

(٣) المصدر السابق.

المطلب الثالث

المزارعة

تعريف المزارعة:

في اللغة: مفاعلة من الزرع، وهو وضع الحب في الأرض، يقال: زرع الحب، يزرعه، زرعاً، وزراعة، إذا بذره، ومكان الزرع، يقال له: المزدرع والمزرعة.[١]

وفي الاصطلاح: دفع الأرض إلى من يبذرها، ويعمل عليها، والثمر بينهما.[٢]

لزوم عقد المزارعة للطرفين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفة عقد المزراعة من حيث لزومه، وعدمه على قولين:

القول الأول: أن عقد المزارعة من العقود اللازمة، وهو مذهب الحنفية،[٣] والمالكية[٤]، والشافعية،[٥] وبعض الحنابلة،[٦] رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد المزارعة من العقود الجائزة، وهو مذهب الحنابلة[٧]، رحمهم الله.

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٥٠/٣، لسان العرب ١٤١/٨، المصباح المنير ٩٦.

(٢) المغني ٥٥٥/٧، ينظر بقية التعاريف: بدائع الصنائع ١٧٥/٦، حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣، نهاية المحتاج ٢٤٧/٥.

(٣) بدائع الصنائع ١٨٢/٦، العناية شرح الهداية ٤٨٤/٩.

(٤) الذخيرة ١٠٥/٦، حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣.

(٥) الحاوي الكبير ٣٦٠/٧، وهذا على قولهم بأن المزارعة لا تكون إلا تبعا للمساقاة، الحاوي الكبير ٣٦٦/٧، نهاية المحتاج ٢٥٨/٥.

(٦) المغني ٥٤٢/٧، الإنصاف ٤٧٢/٥.

(٧) المغني ٥٤٢/٧، كشاف القناع ٥٣٧/٣.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(عقد المزارعة لازم) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: عموم هذه الآية الآمرة بالوفاء بالعقود، والأمر للوجوب، فتكون المزارعة لازمة لدخولها في هذا العموم، قال الشيخ عبدالرحمن السعدي رحمه الله: «الصحيح أن المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان؛ لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود»[١] اهـ.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن عقد المزارعة لازم كعقد البيع، والإجارة؛ بجامع كون كل منهما عقد معاوضة، وكسب.[٢]

الوجه الثاني: أن القول بلزوم هذا العقد فيه مراعاة لمصلحة كل منهما، ومنع للضرر على أحدهما، وبيان ذلك أنه بعد الزرع يخسر صاحب الحب حبه، والعامل جهده وتعبه، وأما قبل الزرع فقد يكتفي أحدهما بهذا العقد فلا يبحث صاحب الأرض عمن يزرع، والعامل لا يلتزم لأحد غير صاحب الأرض، فإذا قرب الوقت الصالح للزراعة كان في ترك أحدهما للعقد ضرر على الآخر، فإن كان تارك العقد صاحب الأرض فالعامل لحقه الضرر لكون أصحاب الأراضي الأخرى قد التزموا مع من يقوم بزراعة أراضيهم، وإن كان تارك العقد العامل لحق صاحب الأرض الضرر؛ لعدم وجود من يزرع له غالباً، وقد يضطر إلى قبول من لا يتقن الزراعة، أو يقبل بمن يزرع له بأكثر من المعتاد، فإذا قيل بلزوم العقد انتفى ذلك الضرر.

---

(١) المختارات الجلية لابن سعدي ٨٨.

(٢) المصدر السابق.

دليل القول الثاني:

(عقد المزارعة جائز) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال: (لما افتتحت خيبر سألت يهودُ رسولَ الله ﷺ أن يُقِرَّهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع، فقال رسول الله ﷺ: **(أُقِرُّكم فيها على ذلك ما شئنا)**[١] الحديث.

وجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج منها، ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، فدل على أن المزارعة جائزة وليست بلازمة[٢].

وأما دليلهم من العقل، فقالوا: إن المزارعة عقد على جزء من نماء المال، فكان عقدها جائزاً كالمضاربة.[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد المزارعة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث ابن عمر رضي الله عنهما، فيجاب عنه: بأن المراد به عدم لزوم إقرارهم بعد انقضاء هذا العقد، وعدم الدخول معهم في عقد جديد.[٤]

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب بأن هناك فرقاً بين المضاربة، والمزارعة، فمن ذلك أن أرباح المضاربة منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة،

---

(١) متفق عليه وهذا لفظ مسلم، صحيح البخاري ٣/٧١، صحيح مسلم ٥/٢٧.

(٢) المغني ٧/٥٤٢.

(٣) المصدر السابق.

(٤) شرح مسلم للنووي ١٠/٢١١، الذخيرة ٦/١٠٥.

فكانت غايتها نضوض المال، بخلاف المزارعة فإن الغاية فيها محددة باستواء الثمر، أو الزرع فلا يختل مقصودها.[١]

وقت لزوم عقد المزارعة ومن تلزم:

تبين أن عقد المزارعة من العقود اللازمة، لكن القائلين بلزومها، اختلفوا في وقت لزوم هذا العقد، وهل هو لازم للطرفين، أو لأحدهما؟ والجواب : أن للعلماء رحمهم الله تفصيلاً في هذه المسألة، وسأورد أقوالهم فيها، ثم أذكر القول الراجح بعد بيان الأحوال المختلفة لعقد المزارعة على النحو التالي:

الحالة الأولى: حكم لزوم عقد المزارعة قبل العمل، والبذر:

وفي هذه الحالة يتم الاتفاق بين الطرفين على عقد المزارعة وذلك باللفظ، وقبل أن يحصل العمل، فهل مجرد العقد بينهما موجب للحكم بلزوم المزارعة أم لا ؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في المسألة على قولين:

القول الأول: أن عقد المزارعة يلزم بمجرد التلفظ به من الطرفين معاً، وهو أحد القولين في مذهب المالكية رحمهم الله.[٢]

القول الثاني: أن عقد المزارعة يكون بمجرد التلفظ به لازماً في جانب العامل، دون صاحب البذر، وهو مذهب الحنفية[٣]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(العقد لازم للطرفين بمجرد التلفظ به) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المزارعة مثل الإجارة، فكما أن الإجارة تلزم العاقدين بالعقد؛ فكذلك المزارعة[٤].

---

(١) الذخيرة ٦/١٠٦.

(٢) الذخيرة ٦/١٠٥، حاشية الدسوقي٣/٣٧٢.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٨٢، العناية شرح الهداية ٩/٤٨٤.

(٤) حاشية الدسوقي٣/٣٧٦.

دليل القول الثاني:

(العقد لازم للعامل بمجرد التلفظ به) استدلوا بالعقل فقالوا: «بأن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه، وهو البذر، لأن البذر يهلك بالتراب، فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه، إذ الإنسان لا يجبر على إتلاف ملكه، ولا كذلك من ليس البذر من قبله»[١].

الحالة الثانية: حكم لزوم عقد المزارعة بعد العمل، وقبل البذر:

ذهب طائفة من المالكية رحمهم الله، إلى أن عقد المزارعة لا يلزم بمجرد التلفظ به، بل لابد أن ينضاف إليه عمل، وإن لم يبذر، كأن يحرث الأرض، أو يقوم بتسويتها، أو يجري الماء إليها.[٢]

مستدلين بقياسها على شركة العمل، فكما أن شركة العمل لا تلزم إلا بعد العمل، فكذلك المزارعة.[٣]

الحالة الثالثة: حكم لزوم عقد المزارعة بعد العمل، والبذر:

فإذا تم التعاقد بين الطرفين، وبدأ العامل بالعمل، ببذر الحب في الأرض، فإن عقد المزارعة يكون لازماً للطرفين معاً، وهو مذهب الحنفية[٤] والأرجح عند المالكية[٥]، رحمهم الله.

وقد استدلوا لذلك بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٢.

(٢) الذخيرة ٦/ ١٠٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٦.

(٣) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٢.

(٤) العناية شرح الهداية ٩/ ٤٨٤.

(٥) الذخيرة ٦/ ١٠٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٦.

وجه الدلالة: عموم هذه الآية الآمرة بالوفاء بالعقود، والأمر للوجوب، فتكون المزارعة بعد العمل، والبذر لازمة؛ لدخولها في هذا العموم، قال الشيخ عبدالرحمن السعدي رحمه الله: «الصحيح أن المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان؛ لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود»[1] اهـ.

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن في القول بلزوم هذا العقد بعد العمل، والبذر، مراعاة لمصلحة كل منهما، ومنعاً للضرر على أحدهما، وبيان ذلك أنه بعد الزرع يخسر صاحب الحب حبه، والعامل جهده وتعبه، فإذا قيل بلزوم العقد انتفى ذلك الضرر.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، في جميع المسائل المتقدمة أن عقد المزارعة لازم، وعليه فإنه يكون لازماً بمجرد التلفظ به، ولزومه متعلق بالطرفين معاً؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: عموم الآية الدالة على الوفاء بالعقد، وقد ورد النص فيها بلزوم العقد بمجرد التلفظ، والمزارعة داخلة في هذا، فلا يتوقف الحكم بلزومه على العمل، وغيره.

ثانياً: أن الضرر قد يحصل بالعقد كما يحصل بالعمل، والبذر، فلو اتفق العاقدان على إبرام العقد، ثم لم يعمل العامل، ولم يبذر، وتأخر في ذلك مدة، وقرب وقت البذر، ثم قال العامل: إني قد فسخت العقد، فإن صاحب الأرض سيتضرر لا محالة؛ لأنه ليس من اليسير الحصول على عامل آخر، وإذا حصل على عامل، فقد يضطر إلى قبول شروط ليست في صالحه بسبب قرب وقت البذر.

ثالثاً: أن لزوم المزارعة بالعقد لا يلزم منه فسخ العقد إذا تراضيا، فإن العاقدين إذا لم يترتب عليهما ضرر، فلن يترددا في فسخ العقد، بخلاف ما لو قلنا بجواز العقد.

---

(١) المختارات الجلية ٨٨.

وبهذا يظهر أن عقد المزارعة من العقود التي تلزم الطرفين رب الأرض، والعامل، وذلك بمجرد العقد وإن لم يحصل مع ذلك عمل، فإذا تم العقد بينهما لزم الطرفين، وليس لواحد منهما أن يفسخ العقد لا قبل العمل، و لا بعده، إلا أن يكون هناك تراضٍ منهما على ذلك الفسخ.

المطلب الرابع

المساقاة

تعريف المساقاة:

في اللغة: مفاعلة من السقي، والاسم السقيا، وهو إشرابُ الشيءِ الماء، وما أشبهه، تقول: سقيته بيدي، أسقيه، سقيا، ومنه قولهم: استسقى الرجل، واستسقاه، إذا طلب منه السقي.(١)

وفي الاصطلاح: أن يدفع الرجل شجره إلى آخر، ليقوم بإشراب الشجر، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره.(٢)

لزوم عقد المساقاة للطرفين:

اختلف العلماء رحمهم الله في مسألة لزوم عقد المساقاة على قولين:

القول الأول: أن عقد المساقاة لازم للطرفين، صاحب الشجر، والساقي، وهو مذهب الحنفية(٣)، والمالكية(٤)، والشافعية(٥)، وقول بعض الحنابلة، واختيار وشيخ

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٨٤/٣، لسان العرب ٣٩٠/١٤ المصباح المنير ١٠٧.

(٢) المغني ٥٢٧/٧، ينظر بقية التعاريف: بدائع الصنائع ١٨٥/٦، الكافي لابن عبد البر ٧٦٦/٢، مغني المحتاج ٤٣٦/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٨٧/٦، الاختيار ٨١/٣.

(٤) المعونة ١١٣٤/٢، بداية المجتهد ١٨٣/٥.

(٥) الحاوي الكبير ٣٦٠/٧، نهاية المحتاج ٢٥٨/٥.

الإسلام ابن تيمية[١]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد المساقاة جائز للطرفين، وهو مذهب الحنابلة رحمهم الله[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول: (المساقاة لازمة للطرفين)استدلوا بالنقل والعقل .

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[المائدة : ١].

ووجه الدلالة: أن الأمر بالوفاء بالعقود ورد عاماً وهو يدل على لزومها فيدخل في هذا العموم عقد المساقاة، قال الشيخ عبدالرحمن بن سعدي رحمه الله : «المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود»[٣]اهـ .

أما دليلهم من العقل فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن المساقاة إجارة في خدمة عين قائمة ؛ فكانت لازمة للطرفين كالإجارة.[٤]

الوجه الثاني: أن في لزوم المساقاة للطرفين مراعاة لمصلحة كل منهما، إذ لو تمكن العامل من فسخه قبل تمام العمل، لتضرر المالك بفوات الثمرة، أو بعضها، لكونه لا يستطيع القيام بالمساقاة بنفسه ؛ لعدم إحسانه ذلك، أو لعدم تفرغه، ولو تمكن المالك من فسخه، لتضرر العامل بفوات نصيبه من الثمرة ؛ لأن الغالب كونه أكثر من أجرة المثل .

الوجه الثالث: أن المقصود من المساقاة الكسب، والعوض، وليست من عقود التبرعات أو الوكالات، حتى يفسح لأحدهما في فسخها[٥].

---

(١) الإنصاف ٥/٤٧٢، ينظر حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٥/٢٨١.

(٢) المغني ٧/٥٤٢، كشاف القناع ٣/٥٣٧.

(٣) المختارات الجلية ٨٨.

(٤) المعونة ٢/١١٣٤، نهاية المحتاج ٥/٢٥٨، مغني المحتاج ٢/٤٤٦.

(٥) المختارات الجلية ٨٨.

دليل القول الثاني: (المساقاة جائزة للطرفين) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: لما افتتحت خيبر، سألت يهود رسول الله ﷺ أن يُقرّهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر، والزرع، فقال رسول الله ﷺ: (**أقركم فيها على ذلك ما شئنا...**) الحديث.

ووجه الدلالة: أن المساقاة لو كانت لازمة لما جازت بغير تقدير مدة، ولما جعل الخيرة إليه ﷺ في مدة إقرارهم.[1]

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن المساقاة عقد على جزء من نماء المال، فكان جائزاً كالمضاربة[2].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد المساقاة للطرفين؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل، فيجاب عنه: بأن المراد به أن للمسلمين إخراجهم بعد انقضاء المدة المسماة، وعدم الدخول معهم في مساقاة جديدة[3].

قال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: «ويكون المراد بيان أن المساقاة ليست بعقد دائم كالبيع، والنكاح، بل بعد انقضاء المدة تنقضي المساقاة، فإن شئنا عقدنا عقداً آخر، وإن شئنا أخرجناكم»[4]اهـ.

---

(١) المغني ٥٤٢/٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) شرح مسلم للنووي ٢١١/١٠، الذخيرة ١٠٥/٦.

(٤) شرح مسلم للنووي ٢١١/١٠.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب عنه: بالفرق بين المساقاة والمضاربة من وجهين:

الوجه الأول: أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه، تفويت للعمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالعمل، فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، فلذلك انعقد لازمًا في المساقاة، وجائزاً في المضاربة[١].

الوجه الثاني: أن أرباح المضاربة منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة، فكانت غايته نضوض المال، وغاية المساقاة الجذاذ[٢]، و ما تجدد من المدة يكون آخرها الجذاذ، فلا يختل مقصودها.[٣]

لزوم عقد المساقاة للطرفين بالعقد:

جمهور العلماء رحمهم الله من الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والشافعية[٦] رحمهم الله على أن المساقاة تكون لازمة بمجرد العقد، ولا يفتقر لزومها إلى الشروع في العمل، أو بحوز المساقاة كما يقوله بعض المالكية[٧]رحمهم الله.

واستدل الجمهور رحمهم الله على أن المساقاة لازمة بمجرد العقد بدليل بالقياس الصحيح حيث قالوا: إن المساقاة يكون العمل فيها على عين باقية بحالها فأشبهت الإجارة، والإجارة تلزم بالقول فكذلك المساقاة[٨].

---

(١) الحاوي الكبير ٧/٣٦٠.

(٢) هو مأخوذ من جذ الشيء جذاً إذا قطعه، المصباح المنير ٣٦.

(٣) الذخيرة ٦/١٠٦.

(٤) المبسوط ٢٣/١٠١.

(٥) بداية المجتهد ٥/١٨٣، بلغة السالك ٢/٢٥٧.

(٦) نهاية المحتاج ٥/٢٥٨

(٧) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٢٣٥.

(٨) نهاية المحتاج ٥/٢٥٨.

ومما يؤيد هذا القول أنه لو قيل: بعدم لزوم عقد المساقاة لربما ترك المساقي العمل في وقت يكون النخل فيه في أمس الحاجة إلى السقي؛ لأنه غير ملزم بتنفيذه، وفي هذا ضرر عظيم على رب النخل، فقد لا يجد من يقوم بسقي نخله، ولربما تضرر في البحث عن البديل الذي يقوم بالسقي.

وبهذا يظهر أن عقد المساقاة من العقود التي تلزم الطرفين، وإن هذا اللزوم يكون بمجرد العقد، ولا يفتقر إلى الشروع في العمل، والسقي.

المطلب الخامس

الحوالة

تعريف الحوالة:

في اللغة: مأخوذة من قولهم حال، يحول، حولاً، وهو يدل على تحرك في دور، ومنه سمي العام حولاً؛ وذلك أنه يحول، أي يدور، ومنه كذلك قولهم: تحوَّل من مكانه إذا انتقل[١].

وفي الاصطلاح: نقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى[٢].

فالحوالة تنقل الحق الذي في ذمة المحيل إلى ذمة أخرى، وهي ذمة المحال عليه.

لزوم عقد الحوالة:

لا خلاف بين الأئمة الأربعة في أن الحوالة من العقود التي تلزم المحيل، والمحال، والمحال عليه[٣]، وقد نسب الإمام الموفق ابن قدامة هذا القول لعامة أهل العلم

(١) معجم مقاييس اللغة ١٢١/٢، لسان العرب ١٩٠/١١، المصباح المنير ٦٠.

(٢) الروض المربع ١٩٧/٢، ينظر بقية التعاريف: الاختيار ٣/٣، المعونة ١٢٢٧/٢، مغني المحتاج ٢٦٣/٢.

(٣) الهداية ٩٩/٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦، المعونة ١٢٢٧/٢، عقد الجواهر الثمينة ٦٤٩/٢، الحاوي الكبير ٢٩/٥، مغني المحتاج ٣٦٦/٢، الروض المربع ١٩٧/٢.

رحمهم الله فقال رحمه الله: «فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت، برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء»[١] ا.هـ. وبهذا يتضح أن عامة أهل العلم رحمهم يرون أن الحوالة عقد لازم للمحيل، والمحال.

شروط لزوم عقد الحوالة:

اشترط أهل العلم رحمهم الله للزوم عقد الحوالة شروطاً لابد من توفرها وهي فيما يلي:

الشرط الأول: الرضا:

المراد بالرضا أن يقوم العاقد بتحويل الحق الذي عليه إلى ذمة أخرى عن اقتناع وطواعية منه، دون أن يكون هناك إجبار من الغير، فإذا صدر التحويل منه عن طوع كانت حوالة صادرة عن رضا، ولا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في اشتراط رضا المحيل في لزوم عقد الحوالة[٢]؛ ذلك لأن الحق عليه، فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه.[٣] قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: " أن يحيل برضائه؛ لأن الحق عليه، فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه، ولا خلاف في هذا "[٤]

وإذا كان رضا المحيل شرطاً في صحة الحوالة فهل يشترط لصحتها رضا المحال، والمحال عليه؟ والجواب أن الحوالة لا تخلو من صورتين:

الصورة الأولى: أن تكون الحوالة على غير مليء، أو مليء مماطل، فهنا لا بد من رضا المحال؛ لأن الحديث نص على أنه مليء يستطيع استيفاء حقه، وأما اشتراط كونه غير مماطل فلأن النبي ﷺ حينما نص على كون المحال عليه مليئاً فهمنا من ذلك

(١) المغني ٥٦/٧.

(٢) الهداية ٩٩/٣، عقد الجواهر الثمينة ٦٤٨/٢، مغني المحتاج ٢٦٣/٢، المغني ٦٠/٧.

(٣) المغني ٦٠/٧.

(٤) المغني ٦٠/٧، ينظرفتح الباري ٤٦٤/٤.

أن المقصود منه أن يكون وصول المحال إلى حقه يسيراً، والمماطل بخلاف ذلك، فإذا كان غير مليء فإن مفهوم الحديث دال على عدم لزوم الحوالة.

الصورة الثانية: أن تكون الحوالة على مليء قادر على سداد الدين، وفي هذه الصورة اختلف أهل العلم رحمهم الله في اشتراط الرضا منهما على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يشترط رضاهما، وهو المذهب عند الحنابلة، [١] رحمهم الله.

القول الثاني: أنه يشترط رضاهما، وهو مذهب الحنفية، [٢] وقول للشافعية[٣]، رحمهم الله.

القول الثالث: أنه يشترط رضا المحال دون المحال عليه، وهو مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا يشترط رضاهما) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: **(مَطْلُ الغني ظلم، ومن أُتبِع على مليءٍ فلْيَتْبَع)**[٧].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ أمر المحال إذا كان على ملئ أن يقبل ويتحول، والأمر يقتضي الوجوب، فدل على عدم اشتراط رضاهما[٨].

---

(١) المغني ٦٣/٧، الإنصاف ٢٢٧/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٦/٦، الهداية ٩٩/٣.

(٣) مغني المحتاج ٢٦٣/٢.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٦٤٨/٢.

(٥) المهذب ٣٤٥/١.

(٦) الإنصاف ٢٢٧/٥.

(٧) متفق عليه، صحيح البخاري ٥٥/٣، صحيح مسلم ٣٤/٥.

(٨) فتح الباري ٤٦٥/٤، نيل الأوطار ٢٦٦/٥.

أما دليلهم من العقل فقالوا: لأن المحيل له أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض، فلزم المحال القبول[1].

دليل القول الثاني: (يشترط رضاهما) استدلوا بالعقل فقالوا: أما المحال فلأن الدين حقه، وهو الذي ينتقل به، والذمم متفاوتة، فلا بد من رضاه، وأما المحتال عليه؛ فلأنه يلزمه الدين، ولا لزوم بدون التزامه.[2]

دليل القول الثالث:

(يشترط رضا المحال)استدلوا بالعقل فقالوا: إن المحال بالحوالة يترتب له حق، فيشترط رضاه كالمشتري[3].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم اشتراط رضا كل من المحال والمحال عليه؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيجاب عنه بجوابين:

أحدهما: أنه قياس في مقابل النص.

ثانيهما: أن ما ذكروه في حق المحال، فإنه إنما يحال إلى ذمة مليء باذل، مساوية للذمة السابقة، وليست متفاوتة حتى يشترط رضاه، وما ذكروه في حق المحال عليه فإن الحق واجب عليه، وملتزم به أصلاً، سواء كان للمحيل أو المحال.

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالقياس على المشتري، فيجاب عنه بجوابين:

أحدهما: أنه قياس في مقابل النص.

---

(١) المغني ٦٣/٧.

(٢) الهداية ٩٩/٣.

(٣) الذخيرة ٢٤٣/٩.

ثانيهما: أننا لا نسلم صحة هذا القياس؛ لأن الحوالة ليس فيها ضرر بالمحال إذا علم أنه لن يحال إلا على من هو مستطيع للسداد، بخلاف المشتري، فإنه لو لم يشترط رضاه لترتب على ذلك ضرر كبير.

رابعاً: مما يؤيد هذا القول أن المحال عليه قد يكون مماطلاً بالمحيل، لضعفه أمامه، أو لقرابته منه، فإذا أحال عليه المحال، فسوف يقوم بالوفاء لزوال مثل هذه الأسباب، ولو قيل باشتراط رضاه، فإنه لن يرضى إذا علم أن المحال ليس قريباً له، أو فيه قوة لا يستطيع معها المماطلة، وفي ذلك مصلحة لكل الأطراف، فالمحال عليه يجبر على وفاء حقوق الآخرين، والمحيل والمحال يحصلان على حقيهما.

الشرط الثاني: أن يكون الحقان متماثلين:

يعتبر لتماثل الدينين في الحوالة أمور هي:

الأول: الجنس: فيحيل من عليه نقد بنقد مثله كذهب بذهب، وفضة بفضة، ولا يصح أن يحيل من عليه ذهب على من عليه فضة، أو طعام؛ لعدم تماثل الجنسين فيفضي إلى ربا النسيئة المحرم.

الثاني: الصفة: بأن يتحد الحقان في كون صفتهما واحدة من حيث الجودة والصحة، فلا يكون أحدهما جيداً، والآخر رديئاً مما يؤدي إلى حصول الضرر بأحدهما لعدم التماثل.

الثالث: القدر: فيكون بين الحقين تماثل في القدر، فإن لم يكن بينهما تماثل في القدر بأن أحاله بخمسمائة ريال ليأخذ مقابلها الألف ريال التي له على المحال عليه، فهنا لم يتفق الحقان في القدر.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله: «ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة: كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً، ووصفاً»[1].

---

(١) بداية المجتهد ٥/ ٢٩٣.

الشرط الثالث: أن يكون الدين المحال عليه لازماً:

الحوالة فيها تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى، فإذا كان الدين غير مستقر في ذمة المحال عليه كالمال السلم، والكتابة، فهو عرضة لأن يسقط؛ فلا فائدة من الحوالة، لأن ذلك الدين غير مستقر، والحوالة إنما وجدت حتى يستوفي المحال حقه من المحال عليه.

فإن كان الدين المحال عليه لازماً، مثل الثمن لما تم قبضه عن طريق عقد معاوضة فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في صحة الحوالة حينئذ.[1]

هذه هي الشروط التي ينبغي توفرها للحكم بلزوم الحوالة للطرفين، و لا شك في أن هذه الشروط تحقق المصالح، وتدرأ المفاسد والشرور، فإذا نظرنا إلى الحوالة وما يترتب عليها أدركنا أنه لا بد من اعتبار هذه الشروط حتى يتحقق المقصود من شرعية الحوالة، فشرط الرضا من المحيل يحميه عما يمكن أن يكره عليه، فلو لم يكن ذلك شرطاً لترتب على ذلك حدوث الجور، والظلم، والتسلط على الآخرين بالإكراه على فعل ما لم يكن لهم رغبة فيه، وشرط تماثل الحقين فيه حماية لحق المحيل، فإنه قد يوجد لديه ما يوفي به دينه وله في نفس الوقت دين على آخر أكثر مما عليه، فإن المحال قد يستغل هذه الفرصة بأن يقبل هذه الحوالة في مقابل أن يأخذ هذه الزيادة على حقه، وفي شرط التماثل قطع لمثل ذلك، وفي شرط أن يكون الحق لازماً حماية للمحال فقد يجهد نفسه في الحصول على حقه، فيتبين أن الحق الذي للمحيل قد سقط، فتضمنت هذه الشروط المصلحة لجميع أطراف الحوالة، فإذا تخلف منها شرط لم تكن حوالة صحيحة ومن ثم فلا تكون لازمة، أما إذا كانت الشروط مكتملة فإن الحوالة تكون لازمة لكل من المحيل، والمحال، فليس لأحدهما الفسخ من غير أن يكون هناك رضا من الطرف الآخر.

---

(١) بدائع الصنائع ١٦/٦، بلغة السالك ١٥٣/٢، الحاوي الكبير ٤١٩/٦، المغني ٥٨/٧.

المطلب السادس

الصلح

تعريف الصلح:

في اللغة: مأخوذ من صلح، يَصْلَح، صلاحاً، وهو ضد الفساد، ومعناه التوفيق، ويقال: أصلح الشيء بعد فساده، إذا أقامه، وصالحه، صلاحاً من باب قاتل، والصلح اسم منه، وهو التوفيق، ومنه قولهم: أصلح بين القوم، إذا وفق بينهم[١].

وفي الاصطلاح: معاقدة يتوصل بها إلى قطع النزاع بين مختلفين.[٢]

أقسام الصلح:

عقد الصلح ينقسم إلى عدة أقسام ذكرها أهل العلم رحمهم الله، وهي: الصلح بين المسلمين وغيرهم، والصلح بين أهل العدل والبغي، والصلح بين الزوجين، والصلح بين المتخاصمين في غير المال، والصلح بين المتخاصمين في المال، [٣]والقسم الذي هو مدار الحديث هنا هو الصلح على الأموال، فإن أهل العلم رحمهم الله قد بينوا عند حديثهم في كتاب الصلح أن مقصودهم به (الصلح في الأموال أو يقال المعاملة).[٤] وأما الأقسام الأخرى فلها أبواب تخصها، والصلح على المال ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الصلح على الإقرار: كأن يدعي إنسان على آخر بشيء، فيقر المدعى عليه بذلك، ويصطلحا فيما بينهما، وهذا لا خلاف بين أهل العلم في جوازه[٥].

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٣٠٣/٣، لسان العرب ٥١٦/٢، المصباح المنير ١٣٢.

(٢) الإقناع ١٩٢/٢، ينظر بقية التعاريف: مجمع الأنهر ٣٠٧/٢، بلغة السالك ١٤٦/٢، روضة الطالبين ١٩٣/٤.

(٣) المغني ٥/٧، مغني المحتاج ٢٤١/٢، كشاف القناع ٣٩١/٣.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) بدائع الصنائع ٤٠/٦، بلغة السالك ١٤٦/٢، مغني المحتاج ٢٤١/٢، المغني ٥/٧.

النوع الثاني: الصلح على الإنكار: وذلك بأن يدعي إنسان على آخر بشيء، فينكر المدعى عليه، ويصطلحا على دفع شيء ما يتفقان عليه لقطع الخصومة.

النوع الثالث: الصلح على السكوت: في النوعين السابقين يجيب المدعي عليه إما بالإنكار، أو الإقرار، أما في هذا النوع فإن المدعي عليه لا يجيب لا بإنكار، ولا بإقرار، بل يسكت، ثم يصطلح مع المدعي على بعض المدعى به.

لزوم عقد الصلح للطرفين:

الصلح، سواءً أكان عن إقرار، أو سكوت، أو إنكار، فإنه يترتب عليه أن الخصوم إذا اصطلح فيما بينهم بما تزول به خصومتهم، ويرتفع به نزاعهم، فإنه لا يكون الصلح عقداً مستقلاً، بل ينصرف إلى عقود أخرى كما نص على ذلك أهل العلم رحمهم الله[1].

فبينوا أن الصلح إن جرى على الحق المدعى به، وكان عيناً فهو هبة، وإن كان ديناً فهو إسقاط، وإبراء، أما إذا كان الصلح قد جرى على غير الشيء المدعى به، فإنه إذا وقع على عين بعين، فهو بيع، وإن كان عيناً بمنفعة فهو إجارة، وإن كان من النقدين فهو صرف، وإن كان ديناً بدين فلابد من القبض قبل التفرق؛ لأنه بيع دين بدين[2].

فالصلح ليس عقداً مستقلاً، بل يكون بيعاً، أو إجارة، أو صرفاً حسب صورته المتفق عليها بين المتخاصمين، فإن تضمن معاوضة المال بالمال كان بيعاً، وإن تضمن معاوضة المال بالمنفعة كان إجارة، وإن تضمن معاوضة الثمن بالثمن كان صرفاً، إلى غير ذلك من العقود المشتملة على المعاوضة، لكن المهم إنه إذا كان منتقلاً إلى البيع، أو السلم، أو الصرف، أو الإجارة، أو غيرها من العقود اللازمة حكمنا بلزومه،

(١) الهداية ٣/١٩٤، بدائع الصنائع ٦/٤٢.

(٢) الهداية ٣/١٩٢، الذخيرة ٥/٣٤٤، بلغة السالك الصاوي ٢/١٤٧، المهذب ١/٣٤٠، الحاوي الكبير ٦/٣٦٧، روضة الطالبين ٤/١٩٣، المقنع ٢/١٢٤، المغني ٧/١٢، كشاف القناع ٣/٣٦٥.

فإن كانت لازمة للطرفين كالبيع، والسلم، والصرف، والإجارة، حكمنا بلزومه لهما، وإن كان العقد الذي حكمنا بانتقاله إليه لازماً لأحد الطرفين كالهبة بعد قبضها حكمنا بلزومه على الطرف الملزَم به، ثم إننا نلزم الطرفين بموجب الصلح، وقد أشار إلى هذا بعض أهل العلم رحمهم الله حينما نصوا أن الصلح يقطع الخصومة، والنزاع، وأنه لا يكون كذلك إلا إذا كان لازماً في حق المتنازعين.

وبهذا يتضح أن عقد الصلح يكتسب صفة بعض العقود التي هي لازمة للطرفين بمجرد العقد، دون الحاجة إلى قبض، بل إذا تعاقدا واتفقا على الصلح كان ذلك العقد لازماً لهما، فليس لأحد الطرفين أن يترك الصلح الذي تم، و لو لم يكن عقد الصلح لازماً لكان في ذلك إهدار للجهد الذي بذله المصلح للتوصل إليه، ولذا ناسب أن يكون من العقود التي تلزم الطرفين جميعاً، حتى يكون في ذلك حفظ لجهد المصلح، فإن عقد الصلح من العقود التي لا يمكن التوصل إليها إلا بعد بذل لمزيد من الجهد، وإهدار لكثير من الوقت، وفي وصف عقد الصلح باللزوم دعم لدعاة الصلح، ورفع لهممهم في بذل ما في وسعهم لإصلاح ما يحدث من نزاع بين أفراد المجتمع المسلم، إضافة إلى أن المقصود الأعظم منه قطع النزاع، والشرور المترتبة عليه، وهذا بطبيعة الحال يستلزم أن يكون الاتفاق الواقع بين المتخاصمين ملزماً حتى تنقطع الخصومة، ويسلم الطرفان.

المطلب السابع

القسمة

تعريف القسمة:

في اللغة: مأخوذة من قسم الشيء يقسمه، قسماً، إذا جزّأه، يقال قسمت الشيء بين الشركاء، إذا أعطيت كل شريك قسمه، والقسم هو نصيب الإنسان من الشيء[1].

---

(١) لسان العرب ١٢/٤٧٨، المصباح المنير ١٩٢.

وفي الاصطلاح: تمييز بعض الأنصباء عن بعض، وإفرازها عنها.(١)

أنواع القسمة:

إذا اشترك أكثر من واحد في شيء ما، ثم أرادوا أن يقتسموا ما اشتركوا فيه، فلا تخلو القسمة من نوعين:

النوع الأول: قسمة الأعيان: وفيها يتفق الشركاء على قسمة العين المشتركة بحيث تكون قابلة للقسمة مع بقاء منافعها، وذلك مثل الدور الكبيرة، والبساتين ونحوها(٢).

النوع الثاني: قسمة المنافع (المهايأه)، (٣)وفي هذا النوع يتفق الشركاء على قسمة المنافع، فيستفيد كل شريك منهم من منفعة العين مثل استفادة شريكه، كأن ينتفع أحد الشركاء من سكن الدار شهراً، ومن بعده شريكه شهراً، وهكذا.(٤)

لزوم عقد قسمة الإجبار في الأعيان للطرفين:

إذا كانت القسمة للعين المشترك فيها عن طريق الإجبار، وذلك بطلب أحد الشركاء لها، ولم يترتب على وقوعها ضرر على بقية الشركاء، فإنها إذا وقعت حكم بلزومها لجميع الأطراف بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله(٥).

---

(١) الإقناع ٤١١/٤، ينظر بقية التعاريف: بدائع الصنائع ١٧/٧، الشرح الصغير ٢٣٧/٢، مغني المحتاج ٥٢٨/٤.

(٢) هذا النوع من القسمة ذكر له أهل العلم رحمهم الله عدة أقسام: فالحنفية، والحنابلة قالوا: هي قسمان: إجبار وتراضي، والمالكية قالوا: هي قسمان: مراضاة، وقرعة، والشافعية قالوا: هي ثلاثة أقسام: أجزاء، وتعديل، ورد، بدائع الصنائع ١٧/٧، الشرح الكبير ٤٩٨/٣، منهاج الطالبين ٥٣٢/٤، كشاف القناع ٣٧١/٦.

(٣) مأخوذة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة يقال: هاء، يهوء، وتهايأ القوم تهايؤاً من الهيئة: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، المصباح المنير ٢٤٧، وأما في الاصطلاح فهي قسمة المنافع.

(٤) هذا النوع من القسمة يكون أيضاً عن إجبار، وعن تراضي، ويكون في الزمان، والمكان، ينظر تكملة شرح فتح القدير ٤٦٦/٩، عقد الجواهر الثمينة ٧٨٣/٢، مغني المحتاج ٥٣٨/٤، كشاف القناع ٣٧١/٦.

(٥) بدائع الصنائع ٢٨/٧، بلغة السالك ٢٤٣/٢، الحاوي الكبير ٢٥٥/١٦، المغني ١١٣/١٤.

فالقسمة التي تتم عن طريق الإجبار في عين مشتركة تكون لازمة لأطراف النزاع، وقد بين أهل العلم رحمهم الله سبب كونها لازمة للجميع ؛ لأن رجوع أحد الأطراف مما لا فائدة فيه، لأنه مجبر على القسمة، ولذا فسيجبر عليها مرة أخرى، في علل البعض أن هذه القسمة تقاس على حكم الحاكم، فكما أن حكم الحاكم لازم فهكذا القسمة التي تكون عن إجبار، أما القسمة التي تكون عن غير إجبار، وسيأتي الحديث عنها إن شاء الله عند بيان العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين.

المطلب الثامن

عقد النكاح

تعريف النكاح:

في اللغة: مأخوذ من نكح، ينكح، نكاحاً، يقال: نكح فلان امرأة، إذا تزوجها، وأصل النكاح في اللغة: الضم، والجمع يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض، ويكون ذلك الضم حسياً، ومعنوياً، فالحسي كما سبق، وأما المعنوي فقولهم : نكح النعاس عينه إذا غلب عليها[1].

و في الاصطلاح: عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر[2].

لزوم عقد النكاح للطرفين:

شرع المولى سبحانه وتعالى النكاح لمصالح جليلة، ومنافع عظيمة، إذ لا بقاء للجنس البشري إلا بوجوده، وبه يحصل اجتماع الرجل بالمرأة عن طريق شرعي، لقضاء الوطر، وحصول الولد، وغيره من المصالح الجليلة، وعقد النكاح من العقود الهامة فإن الرجل بموجبه يكون له حل الاستمتاع بالمرأة ؛ ولذا ناسب أن يكون هذا العقد موصوفاً

---

(١) تاج العروس ٢/٢٤٣، لسان العرب ٢/٦٢٥، القاموس المحيط ١/٢٥٤.

(٢) ينظر التعاريف: شرح فتح القدير ٣/١٧٧، بلغة السالك ١/٣٧٤، مغني المحتاج ٣/١٥٩، الممتع شرح المقنع ٥/٥، نيل الأوطار ٦/١١٥.

بكونه لازماً للطرفين، إذ لو قيل بجوازه وأن لكل منهما فسخ العقد متى ما رغب للزم من ذلك حصول الامتهان للمرأة، وتلاعب الرجال بأمر النكاح، ولترتب على ذلك اختلاط الأنساب والعبث بالأعراض، لكن لزوم العقد للطرفين يقضي على ذلك، فلا يحق لواحد منهما أن يفسخ العقد؛ إلا على الوجه الشرعي المعتبر.

وقد عظمت الشريعة عقد النكاح حتى جعلت جِدَّه جِدّاً، وهَزْلَه جِدّاً، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **(ثلاث جِدُّهن جِدٌّ وهَزْلهن جِدٌّ: النكاح، والطلاق، والرجعة).**[1]

فعقد النكاح بمجرد صدوره حتى في حال الهزل محكوم بلزومه، فمن باب أولى إذا كان في حال الجِدّ، يقول الإمام الشيرازي رحمه الله في لزومه: «وإذا انعقد العقد لزم»[2]. فعقد النكاح يعتبر من العقود التي تلزم الطرفين، وقد أكدت الشريعة لزوم هذا العقد بإسقاط الخيار فيه.

ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

والنكاح داخل في هذا العموم، ولم يرد ما يدل على تخصيصه بالخيار لا في كتاب، ولا سنة، فبقي على حكم الأصل الموجب للزومه، وانعدام الخيار فيه.[3]

فقد بين الإمام الموفق ابن قدامة أنه لم يخالف أحد في أن النكاح لا يثبت فيه خيار المجلس، و الشرط فقال رحمه الله: «ولا يثبت في النكاح خيار، وسواء في ذلك خيار المجلس، وخيار الشرط، ولا نعلم أحداً خالف في هذا؛ وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد تروٍ، وفكر، ومسألة كل واحد من الزوجين عن

---

(١) أخرجه الترمذي وقال حسن غريب ٣/٤٩٠، وأبو داود ٢/٢٥٩، وابن ماجة ١/٦٥٨، وحسنه الألباني في إرواء الغليل٦/٢٢٤.

(٢) المهذب ٢/٤٣.

(٣) المبسوط ٥/٩٥، الذخيرة ٤/٤٠١، ينظر حاشية الدسوقي٢/٢٢١، المهذب ٢/٤٣، الحاوي الكبير ٥/٢٩، المنثور في القواعد ٣/٤٧.

صاحبه، والمعرفة بحاله...، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية، ولا صفة... ولأن ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة، فإن في فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق»[1] اهـ.

وبهذا يظهر أن عقد النكاح من العقود التي تلزم الطرفين معاً، فإذا تلفظ الولي بالإيجاب، والزوج بالقبول لزم كلاً منهما العقد، فلا يمكن فسخه، بل لا مجال للخيار فيه.

المطلب التاسع

الخلع، والطلاق بعوض

تعريف الخلع:

في اللغة: مأخوذ من خلع، يخلع، خلعاً، إذا نزع الشيء، يقال: خلع الثوب، أو النعل، إذا نزعه، ومنه سمي خلع الرجل لزوجته؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا تخالعا فكأن كل واحد منهما نزع لباسه[2].

وفي الاصطلاح: فراق امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة[3].

لزوم عقد الخلع للطرفين:

لما كان العوض في عقد الخلع معتبراً للحكم بصحته فقد ألحق عقده بعقود المعاوضات[4]، وعقود المعاوضات الأصل فيها أن تكون لازمة للجانبين، ولذا فإن عقد الخلع إذا تم بأن عرضت الزوجة على زوجها العوض، فأجابها الزوج إلى

---

(١) المغني ٦/٤٩، ٩/٤٦٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس٢/٢٠٩، المصباح المنير ٦٨.

(٣) الإقناع ٣/٢٥٢، ينظر بقية التعاريف: الاختيار ٣/١٥٦، عقد الجواهر الثمينة ٢/١٣٧، المهذب ٢/٧٢.

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٤٣، كشاف القناع ٥/٢١٣.

طلبها فخالعها على ذلك العوض فقد لزم الزوجة أن تسلمه إياه، ولزم الزوج إذا استلم العوض أن يخالعها، ويدل على لزوم الخلع للجانبين ما يأتي:

أولاً: أن العلماء رحمهم الله اختلفوا في حقيقة الخلع؟ هل هو فسخ، أو طلاق؟ وعلى كلا القولين فإن الخلع إن كان فسخاً فلا يحق للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد، وإن كان الخلع طلاقاً فإنه طلاق بائن لا رجعة للزوج فيه على زوجته[١].

والسبب في ذلك أن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها، وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية للضرر[٢].

ثانياً: تصريح بعض أهل العلم رحمهم الله بأن العوض يكون في ذمة الزوجة، جارٍ في ذلك مجرى البيع، وأنه يملك بالعقد.[٣]

ثالثاً: أن الخلع إن كان طلاقاً، فالطلاق فيه متوقف على قبول المال، فيكون في هذه الحالة معاوضة لكنها معلقة، وإن كان فسخاً فالخلع معاوضة من الجانبين.[٤]

رابعاً: قياس البيع في لزومه، بدون خيار مجلس، عند من يقول بذلك، على لزوم النكاح، والخلع، فقد أورد الإمام الموفق رحمه الله دليلاً لمن قال بعدم خيار المجلس فقال رحمه الله: «ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده، كالنكاح، والخلع..»[٥].

ثم إنه رحمه الله رد على هذا الاستدلال، لكنه لم يذكر بأن النكاح، أو الخلع غير لازم بمجرد العقد، بل إنه ذكر عدم حاجة عقد النكاح لخيار المجلس لعدة أمور، ثم بينها[٦].

---

(١) الاختيار ٣/١٥٦، عقد الجواهر الثمينة ٢/١٣٧، المهذب ٢/٧٥، المقنع ٣/١١٨.

(٢) المعونة ٢/٨٧١.

(٣) المهذب ١/٧٤، عقد الجواهر الثمينة ٢/١٣٩.

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٤٣.

(٥) المغني ٦/٩.

(٦) المصدر السابق.

خامساً: ينبني على أن الزوج لا يحق له أن يراجع زوجته في عدتها من الخلع أن للزوج أن يتزوج خامسة غيرها في عدتها، كما أنه يحل أن يتزوج عمتها، أو خالتها، أو أختها في عدتها، وقد صرح بذلك الإمام أبو عمر بن عبد البر رحمه الله حيث يقول: " وجائز لمن طلق طلاقاً بائناً، أو طلاق خلع، أن يتزوج خامسة سواها في عدتها، ويتزوج أختها، وعمتها، وخالتها إن شاء في عدتها؛ لأن حكمها حكم الأجنبيات، لا ترثه، ولا يرثها، ولا يلزمها طلاقه، ولا ظهاره "[1]

بقي أن يشار إلى أن الطلاق بعوض هو كالخلع في لزومه لهما إذا وقع، فالطلقة فيه بائنة، لا رجعة فيها، والعوض يكون ملكاً للزوج إذا طلق، وقد صرح بعض أهل العلم بذلك.[2]

مما سبق يتضح أن الخلع، والطلاق بعوض، من العقود اللازمة للطرفين، وهما هنا الزوج، وزوجته، فيلزم الزوج بالخلع، والطلاق، وتلزم الزوجة بتسليم العوض، فإذا تم بينهما الخلع، والطلاق بعوض وقعت الفرقة بين الزوجين، ولا مجال للرجوع إلا بعقد، ومهر جديدين، فهذان العقدان يوصفان بأنهما لازمان في جانب الطرفين معاً.

المطلب العاشر

الهدنة

تعريف الهدنة:

في اللغة: اسم من هدن، يهدن، هدونا، وهي تدل على السكون والاستقامة، كما يقال للرجل الخامل لا حراك فيه: الهدان[3].

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/٥٩٣.

(٢) الاختيار ٣/١٥٧، المقنع ٣/١٢٤.

(٣) معجم مقاييس اللغة ٦/٤١، لسان العرب ١٣/٤٣٤، المصباح المنير ٢٤٣.

وفي الاصطلاح: أن يعقد لأهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة[١].

لزوم عقد الهدنة للطرفين:

قد يرى إمام المسلمين المصلحة في عدم قتال الكفار، إما لقوة الكفار، وإما أن يكون بالمسلمين ضعف، فيصطلح معهم مدة زمنية على ترك القتال، فإذا صالحهم على ذلك، فهو عقد مع الغير، وهذا العقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفته من حيث اللزوم على قولين:

القول الأول: أن عقد الهدنة عقد لازم للطرفين وهو مذهب المالكية، [٢] والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الهدنة جائز للطرفين، وهو مذهب الحنفية[٥] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الهدنة عقد لازم) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: في قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾، فإنه أمر عام بالوفاء بالعقود، والهدنة داخلة في هذا العموم، فتكون لازمة للطرفين، ويجب عليهما الوفاء بها.

وقوله تعالى: ﴿فَأَتِمُّوٓاْ إِلَيۡهِمۡ عَهۡدَهُمۡ إِلَىٰ مُدَّتِهِمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٤].

---

(١) المغني ١٣/١٥٤، ينظر بقية التعاريف: بدائع الصنائع ٧/١٠٨، حاشية الدسوقي ٢/٢٠٦، الحاوي الكبير ١٤/٣٥٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ١/٤٩٨، الذخيرة ٣/٤٤٩.

(٣) الحاوي الكبير ١٤/٣٦٩، نهاية المحتاج ٨/١٠٩.

(٤) المغني ١٣/١٥٧، كشاف القناع ٣/١١١.

(٥) بدائع الصنائع ٧/١٠٩، الاختيار ٤/١٢١.

وجه الدلالة: أن المولى سبحانه أمر المؤمنين بإتمام العهد، الذي بينهم، وبين الذين عاهدوهم، حتى تنتهي المدة، وهذا الأمر يدل على وجوب الوفاء، ولزومه على المسلمين.

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن في القول بعدم لزوم عقد الهدنة ضرراً بالمسلمين ذلك أن الإمام إذا لم يف بالهدنة لم يسكن إلى عقده، وقد يحتاج إلى عقدها فلا يقبل منه، فيكون الضرر عاماً بالمسلمين، خاصة عند حاجتهم إليها.

الوجه الثاني: أن القول بعدم لزوم عقد الهدنة، يؤدى إلى أن الاجتهاد ينقض بالاجتهاد، وعقد الهدنة كالأحكام لا تنقض بالاجتهاد، فإن الحاكم إذا عقدها يكون مجتهد فيما يرى أنه مصلحة للمسلمين، ولو قيل بعدم لزوم عقده لجاز فسخه فكان نقضاً للاجتهاد بالاجتهاد[1].

دليل القول الثاني:

(الهدنة عقد جائز) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨].

ووجه الدلالة: أن المولى أجاز نبذ عهدهم إليهم فدل على أنه عقد جائز، ولو كان لازماً، لما أجاز نبذ العهد الذي تم معهم.

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن الهدنة إنما شرعت للمصلحة، فإذا تبدلت المصلحة كان النبذ جهاداً وتركه ترك للجهاد، فحينما تكون المصلحة في نبذ الهدنة، فإن ذلك النبذ في حقيقته جهاد للكفار، فإن قلنا لا تفسخ ترتب عليه أن يترك الجهاد بسبب عدم النبذ إليهم في انتهاء عقدهم[2].

---

(١) الحاوي الكبير ٣٦٩/١٤، المغني ١٥٧/١٣، شرح الكوكب المنير ٥٠٣/٤، كشاف القناع ١١١/٣.

(٢) الاختيار ١٢١/٤.

الترجيح:

الـذي يترجـح في نظـري، والعـلم عـند الله هـو القـول بلـزوم عقـد الهدنـة مـن الجانبين؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من النقل فيجاب عنه: بأن نبذ العهد إلى المعاهدين بظهور الأمارات التي تدل على أنهم سيغدرون بالمسلم، فيجب على الإمام أن يحتاط للمسلمين بأن ينبذ إليهم بانتهاء عهدهم، وهذا لا يناقض اللزوم، و لا يدل على جواز العقد؛ لأن هذا بمثابة الاستثناء للحاجة، والضرورة.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل، فيقال: إن المصلحة وإن ظهرت في نقض العهد، إلا أن هناك مصالح كثيرة مترتبة على الوفاء بالعهد في الدارين الأولى والأخرى، ففي الأخرى حصول الثواب بامتثال أمر الله عز وجل بالوفاء بالعقد، وفي الأولى أن أهل الكفر يركنون إلى عهد المسلمين لوفائهم بالعقود، لاسيما إذا احتاج المسلمون إليه عند ضعفهم، فقد تتخلف المصلحة في وقت فلا يحتاج للهدنة، وتتحقق في وقت آخر فتكون حاجة المسلمين فيه إلى الهدنة شديدة.

رابعاً: أن في القول بلزوم عقد الهدنة جمعاً بين الأدلة الموجبة للوفاء بالعقود، والأدلة الآمرة بالعهود، فيكون أرجح من القول بجواز عقد الهدنة الذي يتضمن العمل ببعض الأدلة، وترك البعض الآخر، والعمل بالدليلين، والجمع بينهما أولى من العمل بأحدهما، وترك الآخر[1].

وبهذا يظهر أن عقد الهدنة من العقود اللازمة لا الجائزة، وأنها لازمة للطرفين من المسلمين، والكفار، وفي لزوم عقد الهدنة مصالح، وحكم تعود على جماعة المسلمين بالخير؛ لأن الهدنة لا يلجأ إليها المسلمون إلا إذا كانوا في حاجة ماسة للصلح والموادعة، وقد حافظ رسول الله ﷺ على الصلح مع قريش، والتزم بالبنود

(١) روضة الناظر ٢/٤٥٧، مذكرة أصول الفقه ٣١٧.

التي وردت فيه، والتي منها عدم إيواء من أسلم منهم[١]، كل ذلك ليعطي ﷺ صورة ناصعة عن مدى التزام المسلمين بالعهد، والعقد.

المطلب الحادي عشر

العتق بعوض

تعريف العتق بعوض:

في اللغة: مأخوذ من عتق العبد، يعتق، عتقاً، بكسر العين، وفتحها إذا صار حراً، والعتق ضد الرق، ومنه سمي المسجد الحرام بالبيت العتيق؛ لأن الله أعتقه من الجبابرة فلم يَظْهر عليه جبار قط[٢].

و في الاصطلاح: تحرير الرقبة، وتخليصها من الرق بمال يدفعه العبد لسيده[٣].

لزوم عقد العتق بعوض للطرفين:

العتق بغير عوض هو فسخ، وإسقاط لملكية الرقبة المعتقة قال الإمام الكمال ابن الهمام رحمه الله: " اشترك كل من الطلاق، والإعتاق في أنه إسقاط، إلا أنه إسقاط ملك الرقبة، والطلاق إسقاط ملك منافع البضع "[٤]

وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله ما يدل على أن العتق إذا صدر مستوفيًا شروطه كان لازماً، ونقل الإمام ابن المنذر رحمه الله الإجماع على أن الرجل إذا أعتق عبداً له في صحته، وهو موسر، فعتقه ماض عليه[٥]، وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «ومن أعتق عبده، وهو صحيح جائز التصرف، صح عتقه بإجماع أهل العلم»[٦] ا.هـ.

---

(١) السيرة النبوية ٣/٢٠٧.

(٢) لسان العرب ١٠/٢٣٤، المصباح المنير ١٤٨.

(٣) المغني ١٤/٣٤٤، الاختيار ٤/١٦، مغني المحتاج ٤/٦٢٢.

(٤) شرح فتح القدير ٤/٣٨٩.

(٥) الإجماع لابن المنذر ١٥٤.

(٦) المغني ١٤/٣٦٢، الاختيار ٤/٢٣، التلقين ٢/٥١٤، المهذب ٢/٥.

أما إذا كان العتق معلقاً على عوض، يدفعه العبد لسيده، فإنه يكون لازماً عند قبول العبد لعقده، فالعتق المعلق على عوض لازم للطرفين، وهما السيد، والعبد، فأما لزومه للسيد فلأنه التزم بإسقاط حقه في ملكية الرقبة لقاء العوض المدفوع، فإذا أخذه منه لزمه تنفيذ ما التزم به، و لا يحق له الامتناع عن العتق إلا إذا رضي العبد، وأسقط حقه في العقد، وأما بالنسبة للعبد فإنه ملزم بدفع العوض المتفق عليه، فإذا امتنع، أو عجز بقي على ملكيته لسيده[1]، ويكون عجزه عن الوفاء من الأعذار التي تفسخ العقد.

المطلب الثاني عشر
المكاتبة

تعريف المكتابة:

في اللغة: مأخوذة من كَتَب الشيء، يكتبه، كتْباً، وكتابا، وكتابة، إذا خطه، والمكاتبة: من باب المفاعلة، وهي تكون بين اثنين فأكثر.[2]

و في الاصطلاح: إعتاق السيد عبده على مالٍ في ذمته يؤدى مؤجلاً.[3]

لزوم عقد المكاتبة للطرفين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفة عقد المكاتبة من حيث لزومه، هل هو لازم للطرفين، أولأحدهما وهو السيد فقط، وذلك على قولين:

القول الأول: أن عقد المكاتبة لازم للطرفين، السيد، والمكاتب، وهو مذهب المالكية[4]، الحنابلة في المشهور[5]، رحمهم الله .

---

(١) الهداية ٢/٦٦، المدونة ٢/٣٩٢.

(٢) لسان العرب ١/٦٩٨، المصباح المنير ٢٠٠.

(٣) المغني ١٤/٤٤١.

(٤) مواهب الجليل ٦/٣٤٨.

(٥) الإنصاف ٧/٤٧٥.

القول الثاني: أن عقد المكاتبة لازم في حق السيد، جائز في حق المكاتب، وهو مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، ورواية عن الإمام أحمد[٣]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لازمة للطرفين) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن المكاتبة لازمة كالبيع؛ بجامع كون كل منهما عقد معاوضة.

الوجه الثاني: أن المكاتبة لازمة كالعتق بعوض؛ بجامع كون كل منهما عتقاً بعوض[٤].

دليل القول الثاني:

(لازمة في حق السيد دون العبد) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن المال إذا لزم صح ضمانه، وضمان مال الكتابة على المكاتب لا يصح، فدل على أنه ليس بلازم.

الوجه الثاني: أن المال إذا كان في مقابلة العتق لم يلزمه بدله، كما لو قال لعبده: إن دفعت ألفاً فأنت حر، لم يلزمه دفع الألف[٥].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الكتابة للطرفين، وذلك لما يأتي:

---

(١) تكملة شرح فتح القدير ٩/١٩٤.

(٢) الحاوي الكبير ١٨/١٨١، روضة الطالبين ١٢/٢٥٧.

(٣) الإنصاف ٧/٤٧٧.

(٤) الذخيرة ١١/٢٨٤.

(٥) الحاوي الكبير ١٨/١٨١.

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه بأنه لا يسلم لكم بأن عدم الضمان، لم يكن بسبب عدم اللزوم، وإنما كان بسبب أن العبد يبقى رقيقاً حتى يقوم بدفع كل ما أتفق عليه، فإذا عجز فإن ماله لسيده فكيف يضمنه.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيجاب عنه بأنه غير مسلم؛ لأن العبد إذا التزم بمال على العتق فإنه يلزمه، فهذا الإمام محيي الدبين النووي يقول: «ولو قال: أعتقك على كذا فقبل في الحال، أو قال العبد: أعتقني على كذا فأجابه عتق، وعليه ما التزم»[1] اهـ.

إذاً فعقد الكتابة بين السيد، وعبده من العقود التي تكون لازمة للطرفين، فإذا تم العقد كان كل من السيد، وعبده ملزماً بالوفاء به، وليس في مقدرة أحدهما الرجوع عنه، إلا برضا الطرف الآخر.

وبهذا العقد ينتهي هذا المبحث الذي يختص بالعقود اللازمة للطرفين معاً.

---

(١) روضة الطالبين ١٢/١٠٩.

المبحث الثاني

العقود اللازمة في حق طرف واحد

يشتمل هذا المبحث على ستة مطالب:

المطلب الأول

الضمان[١]

تعريف الضمان:

في اللغة: مأخوذ من ضمن الشيء، وبه، ضمناً، وضماناً، يقال: ضمنت المال، فأنا ضامن، وضمين، إذا التزمت به[٢].

وفي الاصطلاح: ضم ذمة إلى ذمة أخرى في التزام الحق[٣].

لزوم عقد الضمان في حق الضامن دون المضمون له:

عقد الضمان من العقود التي يستوثق بها؛ كي يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه، فإذا صدر الضمان ممن هو أهل له؛ فإن جميع ما على المضمون عنه يكون على ذلك الضامن الذي ألزم نفسه بذلك الحق، ومن هنا يتبين أن الضمان عقد له

---

(١) اختلفت مذاهب العلماء رحمهم الله في الضمان والكفالة هل هما عقد واحد أو مختلفان على طرق: أحدها: التعبير بالكفالة، وإدراج الضمان معها، فيعبرون بكفالة المال، وكفالة النفس، وهو طريق الحنفية، ثانيها: التعبير بالضمان، وإدارج الكفالة معه، فيقولون ضمان المال وضمان الوجه، وربما عبروا عنهما بالحمالة، وهو طريق المالكية.وثالثها: جعل الضمان، والكفالة شيئاً واحداً، ومن ثم تعريفها بتعريف واحد وهو طريق الشافعية.رابعها: جعلها تحت باب واحد وهو الضمان لكن لكل منهما تعريف يخصه، وهو طريق الحنابلة، وهذا ما سرت عليه في هذا البحث، ينظر الهداية ٨٧/٣، بلغة السالك ١٥٥/٢، روضة الطالبين ٢٤٠/٤، المغني ٧١/٧.

(٢) لسان العرب ٢٥٧/١٣، المصباح المنير ١٣٨.

(٣) المغني ٧١/٧، ينظر بقية التعاريف: الهداية ٨٧/٣، مغني المحتاج ٢٦٩/٢.

شأنه في ترتب الحق، ولزوم الوفاء به، فلما كان الشخص الضامن قد دخل في هذا العقد، مع علمه بأنه مغبون فليس له من فائدة، سوى الوفاء عمن ضمنه، كان العقد لازماً في جانبه، دون جانب المضمون له، وعليه فإن الضمان يكون من العقود التي تلزم أحد الطرفين، دون الآخر، فلا يحق للضامن ترك الضمان، بل يستمر ذلك اللزوم حتى يقوم الضامن، أو المضمون عنه بالوفاء، أو يبرأه المضمون له من الوفاء، يقول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله : «إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه، وكان للمضمون له مطالبته، ولا نعلم في هذا خلافاً»[1] اهـ.

وقد صرح الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله بأن الضمان لازم من طرف واحد حيث قال : «لأن الضمان لازم من جهة الضامن، دون المضمون عنه»[2] اهـ.

ومما يؤكد أن عقد الضمان لازم في حق الضامن، دون المضمون له ما ذكره أهل العلم رحمهم الله من أن الضامن مطالب بالوفاء، حتى مع وجود المضمون عنه، ولصاحب الحق أن يطالب أيهما شاء[3]، الضامن، والمضمون عنه، وإن كان الحنفية عبروا بالكفالة، إلا أنهم حينما يقولون بالكفالة فإن الضمان يندرج تحتها.

ومما يدل على أن عقد الضمان لازم من جهة واحدة، وهي جهة الضامن ما ذكره بعض أهل العلم رحمهم الله من أن المضمون له إذا أبرأ ذمة المضمون عنه، برئت ذمة الضامن ؛ لأن الحق له، فإذا أسقطه سقط فلا يرد المكلف عن إسقاط حقه.[4]

فالخلاصة أن عقد الضمان لازم في جانب الضامن، فإنه قد دخل في ذلك على بصيرة من أمره من أنه مغبون بهذا الضمان، وأما المضمون له فإنه في حقه جائز، فله أن يتنازل عن هذا الضمان ؛ لأن الحق له ولو شاء أسقطه.

---

(١) المصدر السابق ٦/ ٧٤.

(٢) الحاوي الكبير ٦/ ٤٣٣.

(٣) الهداية ٣/ ٩٠، عقد الجواهر الثمينة ٢/ /٦٥٩، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٤، المغني ٧/ ٨٦.

(٤) المغني ٧/ ٨٧.

المطلب الثاني
الكفالة

تعريف الكفالة:

في اللغة: مأخوذة من كفل، يكفل، كفلاً، ومنه قولهم: قد تكفلت بالشيء، إذا ألزمته نفسي، وتحملته، وجمع الكفيل: كفلاء[١].

و في الاصطلاح: التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه[٢].

فالكفالة هنا متعلقة بالإحضار فقط دون الضمان، فالكفيل يحضر المكفول عنه للمكفول له، حتى يتمكن من استيفاء حقه منه، ولا يرد على هذا جعل الكفالة منقسمة إلى كفالة حضورية، و غرامية، لأن هذا التقسيم له أصل في اللغة، والاصطلاح، وقد سبق أن بعض الفقهاء جعل الكفالة بمعنى الضمان، ولم يفرق بينهما؛ ولهذا قال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله: «والزعيم، والضمين، وكذلك الكفيل، والحميل، والصبير، ومعنى جميعها واحد، غير أن العرف جار بأن الضمين في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع ..»[٣].

لزوم عقد الكفالة في حق الكفيل دون المكفول له:

عقد الكفالة شبيه بالضمان، فكل منهما يستوثق به، لكي يستوفى منه الحق عند تعذره من الأصيل، كما أن كلاً من الكافل، والضامن يدخل في العقد مع علمه بالغبن في ذلك العقد في حالة عدم سداد المضمون عنه، وعدم حضور المكفول، ولذا كانت الكفالة كالضمان من حيث لزومها في جانب طرف واحد، دون الطرف الآخر،

---

(١) لسان العرب ١١/٥٨٨، المصباح المنير ٢٠٥.

(٢) الروض المربع ٢/١٩٦، ينظر كشاف القناع ٥/٣٧٥.

(٣) الحاوي الكبير ٦/٤٣١.

فهي لازمة في حق الكفيل ، أما في حق المكفول له فإنها جائزة ، ولذلك كان من حقه أن يطالب بها ، ومن حقه أن يسقطها ، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله فلم يرد عن أحد من العلماء القول بأن المكفول له ملزم بهذه الكفالة ، وليس له إسقاطها[١].

ومما يؤيد أن الكفالة لازمة في حق الكفيل ، دون المكفول له أن الكفالة لا تقبل الخيار وعُلل ذلك بأن الكفيل دخل في الكفالة على بصيرة بأنه مغبون بها ، ولأن مقتضى الكفالة لزوم ما كفل به ، والخيار ينافي ذلك[٢] ، كما يؤكد ذلك أن المكفول له أن يطالب أيهما شاء ، وبهذا يظهر جلياً أن عقد الكفالة من العقود التي تلزم في جانب طرف واحد ، فهي لازمة في حق الكفيل ، فلا يملك الرجوع عنها إلا برضا المكفول له ، وموافقته ، ولا تلزم في حق المكفول له ، حيث له أن يسقطها ، ولو لم يرض الكفيل ، لأن الحق له ، فإن شاء استمر بالمطالبة بها ، وإن شاء ترك ذلك ، ولا شيء عليه.

المطلب الثالث

عقد الوقف

تعريف الوقف:

في اللغة: الوقف مأخوذ من: وقفت الشيء أقفه وقفاً ، إذا حبسته ، والجمع أوقاف مثل ثوب وأثواب .[٣]

والوقف في الاصطلاح: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به ، مع بقاء عينه بقطع تصرف المالك ، وغيره في رقبته ، يصرف ريعه إلى جهة بر ، تقرباً لله تعالى[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم٣٣٦ ، الحاوي الكبير ٢٩/٥ ، المغني ٤٩/٦ .

(٢) المهذب ٣٤٨/١ ، المغني ٩٦/٧ .

(٣) لسان العرب ٣٥٩/٩ ، المصباح المنير ٢٥٦.

(٤) الإقناع ٢/٣ ، ينظر بقية التعاريف: الهداية ١٣/٣ ، بلغة السالك ٢٩٧/٢ ، الحاوي الكبير ٥١١/٧ ، المغني ١٨٤/٨.

لزوم عقد الوقف للواقف بمجرد اللفظ:

عقد الوقف يقطع تصرف المالك فيما أوقفه، إذ بوقفه ذلك يخرج الموقوف عن ملكه لجهة البر التي أُوقف عليها، وللوقف أهمية كبرى، سواء على الواقف نفسه بحصوله على الأجر، والمثوبة من المولى سبحانه في الآخرة، أو على الموقوف عليهم بصرف الريع الذي يحصل من الوقف عليهم، فالمجتمع الذي تنتشر فيه الأوقاف، وتتنوع فيه مصارف تلك الأوقاف، يكون مجتمعاً مثالياً، حيث تكون هذه الأوقاف علاجاً لكل نقطة ضعف في ذلك المجتمع، فلو فرض أن مجتمعاً يعاني من قلة طلاب العلم؛ إما لانشغالهم بوسائل العيش، أو غيرها من الأسباب، أو كان يعاني من كثرة الأيتام، أو قلة المساجد، أو غير ذلك من المشاكل، فإن الوقف يعالجها، أو يهيء الأسباب لتخفيف آثارها الضارة، فبه تحل مشاكل الفقر، وأضراره، وكذلك تسد حاجة الضعفاء إلى المأوى، والسكن، وقد تكون الأوقاف من المستشفيات التي تعالج الأمراض، والأسقام، وتدفع عن المجتمع بإذن الله أضرارها، وتحقيقاً لهذه الأهداف حكمت الشريعة الإسلامية بلزومه، فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في لزومه للواقف، إذا اتصل به حكم حاكم، أو وجدت إضافة الوقف إلى ما بعد موت الواقف له،[1] وإنما اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزومه في غير هاتين المسألتين، ولهم رحمهم الله في ذلك قولان:

القول الأول: أن عقد الوقف يكون عقداً لازماً للواقف، فلا يحق له الرجوع فيه ولا التصرف فيه ببيع، ولا هبة، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]،

---

(١) بدائع الصنائع ٢١٨/٦، المعونة ١٥٩١/٣، الحاوي الكبير ٥١١/٧، المغني ١٨٥/٨.

(٢) المعونة ١٥٩١/٣، عقد الجواهر الثمينة ٤٩/٣.

(٣) المهذب ٤٤٩/١، الحاوي الكبير ٥١١/٧.

(٤) المغني ١٨٥/٨، المقنع ٣٢٩/٢.

وأبي يوسف، ومحمد من الحنفية[١]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الوقف غير لازم إلا أن يحكم به حاكم، وهو قول الإمام أبي حنيفة[٢]، رحمه الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن الوقف لازم) استدلوا بالنقل، والإجماع، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان:

أولهما: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن عمر بن الخطاب ﷺ أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها - فقال يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به، قال ﷺ: **(إن شئت حبَّست أصلها، وتصدقت بها)**، قال: فتصدق بها عمر ﷺ أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول)[٣].

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ أقر عمر ﷺ على أن الموقوف لا يملك الواقف التصرف فيه بالبيع، أو الهبة، وأنه لا يدخل في تركته فيورث، وهذا يفيد أنه لازم باللفظ، دون حاجة إلى حكم حاكم.

ثانيهما: حديث أبي هريرة ﷺ أن الرسول ﷺ قال: **(إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)**[٤].

---

(١) المبسوط ١٢/٢٧، الاختيار ٣/٤١، شرح فتح القدير ٦/١٨٨.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢١٨، شرح فتح القدير ٦/١٨٨، حاشية رد المحتار ٤/٣٣٨.

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/١٨٥، صحيح مسلم ٥/٧٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ٥/٧٣.

ووجه الدلالة: أن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف؛ لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام، ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة، واثبات هذه الصدقة الجارية إلا بلزومه، فكان لازماً[1].

أما دليلهم من الإجماع فقد نقله القاضي عبد الوهاب رحمه الله بقوله: «فدليلنا فعل الرسول ﷺ وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف، منهم الأئمة الأربعة..»[2].

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله: «ويدل على ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعلياً، وطلحة، والزبير، وأبا الدرداء، و عبدالرحمن بن عوف، وفاطمة، وغيرهم وقفوا دوراً، وبساتين، ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه، فباع منه شيئاً، ولا عن أحد من ورثتهم، مع اختلاف همهم، فلو كان ذلك جائزاً لنقل عن أحد منهم الرجوع»[3].

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الوقف تصرف يلزم بعد الوفاة بالوصية، فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة، من غير حكم الحاكم.[4]

الوجه الثاني: أن الوقف إزالة ملك على وجه القربة، كالعتق، فإلحاقه به أولى[5].

دليل القول الثاني:

(الوقف غير لازم) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فلهم ثلاثة أحاديث هي:

---

(١) شرح فتح القدير ١٩١/٦.

(٢) المعونة ١٥٩١/٣، المغني ١٨٥/٨.

(٣) الحاوي الكبير ٥١٣/٧.

(٤) المعونة ١٥٩١/٣، الحاوي الكبير ٥١٣/٧، المغني ١٨٦/٨.

(٥) المعونة ١٥٩٣/٣، المغني ١٨٧/٨.

الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزلت سورة النساء، وفرض فيها الفرائض، قال الرسول ﷺ: **(لا حَبْسَ بعد سورة النساء)**[١].

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ نهى أن يحبس مال بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، والوقف حبس عن فرائض الله تعالى؛ فكان منفياً شرعاً[٢].

الثاني: ما روي عن شريح رحمه الله أنه قال: (جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس)[٣].

ووجه الدلالة: أن شريحاً رحمه الله يروي عن المصطفى ﷺ جواز بيع الموقوف، فالحبيس هو الموقوف، فعيل بمعنى مفعول؛ إذ الوقف حبس في اللغة، فكان الموقوف محبوساً، فيجوز بيعه[٤].

الثالث: أن عبد الله بن زيد ﷺ جعل حائطاً له صدقة، وجعله إلى رسول الله ﷺ فأتى أبواه النبي ﷺ فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فَوَرِثَهُمَا[٥].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ رد وقفه عليه، ولو كان الوقف يخرج عن الملك لم يصح الرد[٦].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى٦/١٢٦، والطبراني في الكبير ١١/٣٦٥، والدار قطني ٤/٦٨، وقال لم يسنده غير ابن لهيعة، وأخيه وهما ضعيفان، والعقيلي في الضعفاء الكبير٣/٣٩٧، جميعهم من طريق عبدالله بن لهيعة عن أخيه عن عكرمة عن ابن عباس، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٩٩، فالحديث بهذا السند ضعيف لأجل ابن لهيعة وأخيه، السلسلة الضعيفة للألباني١/٢٩٣.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢١٩.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦/٢٥١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٢١٩.

(٥) أخرجه الدارقطني وقال: هذا أيضاً مرسل، لأن عبدالله بن زيد توفي في خلافة عثمان، ولم يدركه أبو بكر بن حزم ٤/٢٠١.

(٦) الاختيار ٣/٤١، الحاوي الكبير ٧/٥١٢، المغني ٨/١٨٥.

وأما دليلهم من العقل فقالوا: الوقف غير لازم فيصح الرجوع عنه كالعارية، بجامع كون كل منهما تمليكاً للمنفعة لا للعين.(١)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الوقف بمجرد اللفظ؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لا حبس بعد سورة النساء)** فيجاب عنه بثلاثة أجوبة:

الأول: أنه حديث ضعيف من رواية عبد الله بن لهيعة، كما تقدمت بيانه في تخريجه، وفي روايته أيضاً أخوه عيسى بن لهيعة، وهو ضعيف عند المحدثين رحمهم الله.

الثاني: أن المراد بالحبس هنا حبس الزانية، والذي عبر عنه بالإمساك في البيوت في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ﴾ [النساء: ١٥].

وقد بين النبي ﷺ السبيل فقال: **(خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة، ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة، والرجم)**(٢).

الثالث: أن المراد الحبس المسقط للمواريث، وهو ما زاد عن الثلث، فإن الفرائض قدرت بعد الوصية بالثلث، وبعد الديون(٣).

ثالثاً: أما استدلالهم بقول القاضي شريح رحمه الله: (جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس) فيجاب عنه بجوابين:

---

(١) الهداية ٣/١٤.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٥/١١٥.

(٣) الحاوي الكبير ٧/٥١٣، الذخيرة ٦/٣٢٣.

الأول: أن هذا القول مرسل، لأن شريحاً تابعي، والحجة إنما هي في المرفوع لا في المرسل من حيث الأصل.

الثاني: أن الحبيس ما كانت تفعله الجاهلية بغير إذن الله تعالى، وذلك كالبحيرة[١]، والسائبة[٢]، فلما بعث عليه الصلاة والسلام بين الله به تحريم هذه الأمور، وإجازة التصرف في البحيرة، والسائبة بالبيع[٣].

رابعاً: أما استدلالهم بحديث عبد الله بن زيد فيجاب عنه بثلاثة أجوبه:

الأول: أن هذا الحديث مرسل، والحجة في المرفوع لا في المرسل.

الثاني: أن هذا الحديث إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ، فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما.[٤]

الثالث: أن هذا الحائط لم يكن له، بل كان لهما بدليل أنه ورد في الخبر (ماتا فورثهما)، فكان تصرفه فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما، فلم ينفذاه، وأتيا النبي ﷺ فرده إليهما.[٥]

خامساً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأنه لا تسلم صحته من وجهين:

---

(١) هي الناقة المشقوقة الأذن يقال: بحرت أذن الناقة: أي شققتها، وكان أهل الجاهلية يفعلون ذلك إذا أنتجت الناقة خمسة أبطن إناثاً، فتحرم على النساء، فإذا ماتت حلت للنساء، وقيل غير ذلك. الجامع لأحكام القرآن ٦/٣٣٦، تفسير القرآن العظيم ٣/٢٠٣.

(٢) هي الناقة إذا تابعت بين عشر إناث ليس بينهن ذكر، لم يركب ظهرها، ولم يُجزَّ وبرها، ولم يشرب لبنها، إلا ضيف، وقيل: هي البعير يُسيّب بنذر يكون على الرجل، فلا يحبس عن رعي، ولا ماء، ولا يركبه أحد. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦/٣٦٦، تفسير القرآن العظيم ٣/٢٠٣.

(٣) الحاوي الكبير ٧/٥١٣، شرح فتح القدير ٦/١٩٢.

(٤) المغني ٨/١٨٦.

(٥) الحاوي الكبير ٧/٥١٣، المغني ٨/١٨٦، الذخيرة ٦/٣٢٣.

الوجه الأول: أنه قياس مع الفارق، ووجهه أن العقد في الوقف منصب على العين بمنافعها، وفي العارية على المنفعة فقط.

الوجه الثاني: لو سلمنا صحته فرضاً فإنه يمكن قلبه فيقال: الوقف عقد لازم لا يصح الرجوع عنه كالعارية، وهذا على القول بلزوم العارية للمعير .

وإذا تقرر أن الوقف لازم للواقف، فهل لزومه للواقف يكون بالتلفظ به، أم أنه بحاجة إلى القبض حتى يلزم ؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن عقد الوقف لازم له بمجرد تلفظه فلا يحق له الرجوع فيه ولا التصرف فيه ببيع، ولا هبة، وهو مذهب المالكية، [1]والشافعية، [2]الحنابلة، [3]وأبي يوسف من الحنفية، [4]رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الوقف لا يلزم إلا بالقبض، وهو قول الإمام محمد بن الحسن من الحنفية، [5]ورواية عن الإمام أحمد، [6]رحمهما الله .

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن الوقف لازم بمجرد اللفظ) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها. فقال يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني

---

(١) المعونة ١٥٩١/٣، عقد الجواهر الثمينة ٤٩/٣.
(٢) المهذب ٤٤٩/١، الحاوي الكبير ٥١١/٧ .
(٣) المغني ١٨٥/٨، المقنع ٣٢٩/٢ .
(٤) الاختيار ٤١/٣، شرح فتح القدير ١٨٨/٦ .
(٥) الهداية ١٣/٣، بدائع الصنائع ٢١٨/٦.
(٦) المقنع ٣٢٩/٢.

به، قال: (**إن شئت حبَّست أصلها، وتصدقت بها**)، قال: فتصدق بها عمر ﷺ أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول).

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ حكم بلزوم الوقف بمجرد اللفظ في قوله: (حبَّست)، فدل على لزومه بالعقد وحده، ولا يفتقر إلى الإقباض[١].

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن الوقف إزالة ملك على وجه القربة، فلم يفتقر إلى التسليم، كالعتق، فإلحاقه به أولى[٢].

دليل القول الثاني: (الوقف يلزم بالتسليم) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الوقف تبرع بمال، ولا يخرجه عن المالية، فلم يلزم بمجرد الوقف، كالهبة، والوصية[٣].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الوقف بمجرد اللفظ؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بجوابين:

الأول: أن هذا قياس، ولا قياس مع النص.

الثاني: أنه قياس مع الفارق، فالهبة تمليك مطلق، والوقف تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، فهو بالعتق أشبه، فإلحاقه به أولى[٤].

---

(١) الحاوي الكبير ٦/٥١٤.

(٢) المعونة ٣/١٥٩٣، المغني ٨/١٨٧.

(٣) المغني ٨/١٨٧.

(٤) المصدر السابق.

وإذا تقرر أن الوقف لازم، وأن لزومه للواقف يكون بالتلفظ به، ولا يكون بحاجة إلى القبض، فإنه يرد السؤال هل كل وقف يكون لازماً، أم أن هناك شروطاً خاصة، تضاف إلى ما سبق ذكره من شروط لزوم العقد؟والجواب أن هناك شروطاً خاصة لا بد من توفرها ؛لكي يحكم بلزومه على الواقف، وبيانها فيما يلي:

شروط لزوم عقد الوقف:

لا يكون الوقف لازماً للموقف إلا إذا توفرت فيه الشروط المعتبرة للحكم بصحته، والتي تضاف إلى الشروط العامة للزوم العقد، وقد سبق ذكرها، وهذه الشروط الخاصة هي:

الشرط الأول: أن يكون الموقوف منتفعاً به على الدوام، مع بقاء عينه:

الوقف يراد للدوام حتى ينال الواقف الأجر عليه، ما دام أن عين الوقف باقية، ولذلك قال النبي ﷺ لعمر بن الخطاب ﷺ في وقفه بخيبر: **(إن شئت حبَّست الأصل)** فنبه بذلك على أن الوقف إنما يراد به الدوام ؛ ليبقى أجره للواقف، والنفع للموقوف عليه ؛ ولهذا اشترط أهل العلم رحمهم الله في الموقوف أن ينتفع به مع بقاء العين، أما ما كان مستهلكاً لا ينتفع به إلا بذهاب عينه، كالطعام، ونحوه فإنه لا يصح وقفه ؛ لعدم بقائه، والوقف يراد به البقاء ؛ لكي يكون صدقة جارية ينتفع به من أوقفه، ولا توجد صفة الدوام فيما لا تبقى عينه[١]، وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على هذا الشرط[٢]، إلا ما يحكى عن الإمام مالك رحمه الله أنه يجوز، ولم يحكه أصحابه عنه[٣].

---

(١) كشاف القناع ٢٤٣/٤ .

(٢) الاختيار ٤٢/٣، شرح فتح القدير ٢٠٣/٦، عقد الجواهر الثمينة ٣٢/٣، الذخيرة ٣١٥/٦، روضة الطالبين ٣١٥/٥، ينظر مغني المحتاج ٥١١/٢، المغني ٢٢٩/٨، كشاف القناع ٢٤٣/٤.

(٣) المغني ٢٢٩/٨، ينظر عقد الجواهر الثمينة ٣٢/٣.

فما كان طبيعته عدم الدوام كالرياحين، أو كان في استخدامه إزالة له، كالطعام فلا يصح وقفه، أما إذا كان غير ذلك فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون غير منقول؛ كالعقار من دور، وأرضين فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في جواز وقفه.[١]

الحالة الثانية: أن يكون منقولاً مثل السلاح، والعتاد، والأثاث، والكتب، والكُراع[٢]، ونحوها فهذا النوع من الموقوفات اختلف فيه أهل العلم رحمهم الله على ثلاثة أقوال[٣] الراجح والله أعلم جواز وقف المنقول لحديث أبي هريرة ﷺ: وفيه أن رسول الله ﷺ قال: **(وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً قد احتبس أدراعه[٤]، وأعتُدَه[٥] في سبيل الله)**[٦] الحديث.

ووجه الدلالة: أنه ﷺ أقر خالداً على وقفه للدروع، والعتاد وهي من المنقول، فدل على صحة وقفها.

---

(١) الاختيار ٤٢/٣، بدائع الصنائع ٢٢٠/٦، المعونة ١٥٩٣/٣، روضة الطالبين ٣١٤/٥، مغني المحتاج ٥١٢/٢، المغني ٢٣١/٨، كشاف القناع ٢٤٣/٤.

(٢) الكراع: على وزن غراب من الغنم والبقر بمنزلة الوظيف من الفرس وهو مستدق الساعد، وقيل لجماعة الخيل خاصة الكراع .المصباح المنير ٢٠٢، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٠١/٦.

(٣) الاختيار ٤٢/٣، ٢٠١/٦، المعونة ١٥٩٣/٣، الذخيرة ٣١٣/٦، روضة الطالبين ٣١٥/٥، مغني المحتاج ٥١٢/٢ ، المغني ٢٣١/٨، كشاف القناع ٢٤٣/٤.

(٤) الأدراع، والأدرع جمع قلة لدرع، و تجمع جمع كثرة على الدروع، وهي لبوس الحديد.النهاية لابن الأثير١١٤/٢.

(٥) جمع عَتَد بفتحتين، وهو ما أعده الرجل من السلاح، والدواب، وآلة الحرب، وقيل: الخيل خاصة، يقال: فرس عتيد: أي صلب، أو معد للركوب، أو سريع الوثوب أقوال.النهاية لابن الأثير ١٧٦/٣ ، فتح الباري لابن حجر٣٣٣/٣.

(٦) متفق عليه، صحيح البخاري ١٢٩/٢، صحيح مسلم ٦٨/٣.

ولحديث أم معقل ﷺ أنها جاءت إلى رسول ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن عليَّ حجة، وإن لأبي معقل بَكْراً[1]، قال أبو معقل: صدقت، جعلته في سبيل الله، فقال رسول الله ﷺ: **(أعطها، فلتحج عليه فإنه في سبيل الله..)**[2] الحديث.

ووجه الدلالة: إقراره ﷺ على وقف البكر، وهو من الحيوان، فدل على أن وقف المنقول مشروع.

وبهذا يتضح أن وقف العقار، والمنقول الذي يبقى، ولا يزول عينه باستخدامه جائز، فإذا صح ذلك لزم الواقف ما وقفه بحيث لا يصح تصرفه فيه بعد وقفه ذلك.

الشرط الثاني: أن يكون الوقف على التأبيد:

يتميز عقد الوقف بخروج الموقوف من يد واقفه خروجاً مؤبداً، وذلك بخلاف غيره من العقود التي لا توجب الخروج للعين، والمنفعة خروجاً مؤبداً، كما في عقد العارية، والإجارة، حيث إن البذل فيها للمنافع مؤقت بمدة معينة، وعلى هذا فإن كان خروج الوقف من يد واقفه بعينه، ومنفعته خروجاً مؤبداً فلا خلاف في صحته؛ لأن ذلك يتفق مع المقصود من عقده، وهذا هو الأصل فيه.

أما إذا لم يتحقق التأبيد، وحصلت الوقفية على سبيل التأقيت، مثل أن يقول: وقفت داري هذه على المساكين سنة؛ فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في صحة هذا الوقف على قولين[3]، الراجح والله أعلم أنه يشترط في الوقف أن يكون على التأبيد لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن عمر بن الخطاب ﷺ أصاب أرضاً بخيبر،

---

(١) هو الفَتِيُّ من الإبل، والبكرة الأنثى.المصباح المنير ٠٢٣

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٢/٢٠٤، وابن ماجة مختصراً ٢/٩٩٦، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٦/٣٢.

(٣) الاختيار ٣/٤٢، حاشية رد المحتار ٤/٣٤٩، مواهب الجليل ٦/٢٨، حاشية الدسوقي ٤/٨٧ .روضة الطالبين ٥/٣٢٥، الإنصاف ٧/٣٥.

فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها ـ فقال يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني به؟ قال: **(إن شئت حبّست أصلها، وتصدقت بها)**، قال: فتصدق بها عمر ﷺ أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث). الحديث.

فإن قول المصطفى ﷺ: **(حبّست أصلها، وتصدقت بها)** دال على الوقف المؤبد حيث لم يؤقت النبي ﷺ ذلك التحبيس بمدة، فدل على أن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً.

الشرط الثالث: أن يكون الوقف منجّزاً:

المراد بالتنجيز أن يكون معجلاً حاضراً، غير مرتبط بحدوث شيء ما، وعلى هذا فإنه لا يصح أن يكون الوقف معلقاً، سواء كان معلقاً على شرط، أو أجل، فلو أنه قال: وقفت داري إذا ولد لي ولد، أو قال: إذا جاء غد، أو جاء رأس الشهر، وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في اشتراط هذا الشرط على قولين[1]، الراجح والله أعلم لا يشترط التنجيز، فلو علقه على أمر مستقبل لصح؛ لأن الوقف يقاس على العتق، بجامع أن كلاً منهما بغير عوض، فإذا صح العتق المعلق، فكذلك يصح الوقف المعلق[2].

الشرط الرابع: أن لا يوقف على نفسه:

الأصل أن الواقف يريد التقرب إلى الله تعالى بوقفه، ابتغاء وجه المولى سبحانه، وذلك يقتضي أن يخرج الموقوف حتى لا يعود عليه منه شيء سوى الحصول على الأجر، والمثوبة من الله سبحانه وتعالى، فإن ترتب على وقفه أنه يعود عليه فلا يخلو هذا من حالتين:

الحالة الأولى: أن يوقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم، مثل أن يوقف مسجداً فله أن يصلى فيه، أو مقبرة فله الدفن فيها، أو بئراً للمسلمين فله أن يستقي

---

(١) الدر المختار ٣٤١/٤، حاشية الدسوقي ٨٧/٤، منهاج الطالبين ٥٢١/٢، المحرر في الفقه ٣٦٩/١.

(٢) الذخيرة ٣٢٦/٦.

منها، أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم، فهذا اتفق أهل العلم رحمهم الله على جوازه، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بعد ذكر ذلك: «لا نعلم في هذا كله خلافاً»[١].

الحالة الثانية: أن يكون وقفه على نفسه خاصة، فلا يشتمل على إشراك الغير بحيث يكون نفع ذلك الموقوف عائداً عليه وحده، فهذا قد اختلف أهل العلم رحمهم الله في جوازه على قولين[٢]، الراجح منهما أنه لا يصح؛ لما تقدم من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، وفيه أن رسول الله ﷺ قال: **(حبست الأصل، وتصدقت بها)**. لأنه إذا تصدق بها امتنع أن يكون له فيها حق.

الشرط الخامس: القبول ممن وقف عليه:

القبول أحد طرفي الصيغة، التي هي أحد أركان لزوم العقد، فلا يكون هناك إلزام ما لم يكن هناك ما يدل على القبول، وفي الوقف يصدر الإيجاب من الواقف، إلا أن الجهة الموقوف عليها، والتي يصدر الإيجاب منها في العادة لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون جهة عامة: كأن يوقف على الفقراء، أو المساكين، أو المساجد، ونحوهم من الجهات العامة التي يتعذر معرفة القبول من جميعها، فهنا لا يشترط القبول عند الجمهور، رحمهم الله[٣]، أما الحنفية رحمهم الله فيرون أنه لا بد من الإفراز، أو تسليمه للمتولي.[٤]

الحالة الثانية: أن يكون الوقف على آدمي معين: كأن يوقف على زيد من الناس، أو على ولده، ونحو ذلك، ففي اشتراط القبول من الموقوف عليهم قولان:

---

(١) المغني ٨/١٩١، الحاوي الكبير ٧/٥٢٥.

(٢) الهداية ٣/١٨، عقد الجواهر الثمينة ٣/٣٥، روضة الطالبين ٥/٣١٨، المغني ٨/١٩٤.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٣/٣٢، روضة الطالبين ٥/٣٢٤، المغني ٨/١٨٧.

(٤) حاشية رد المحتار ٤/٣٤٨.

القول الأول: أنه لا يشترط القبول من الموقوف عليهم للزوم العقد، وهو مذهب الحنابلة[١]، ووجه عند الشافعية[٢]، رحمهم الله.

القول الثاني: أنه يشترط القبول من الموقوف عليهم للزوم العقد، وهو مذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، وأصح الوجهين عند الشافعية[٥]، جه عند الحنابلة[٦]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا يشترط القبول) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول، كالنوع الآخر.

الوجه الثاني: أن الوقف إزالة ملك يمنع البيع، والهبة، والميراث، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق، وبهذا فارق الهبة، والوصية[٧].

دليل القول الثاني:

(يشترط القبول) استدلوا بالعقل، فقالوا: إن الوقف تبرع لآدمي معين، فكان من شرطه القبول، كالهبة، والوصية، يحققه أن الوصية إن كانت لآدمي معين وقفت على قبوله، وإذا كانت لغير معين، أو لمسجد لم تفتقر إلى قبول، كذا هنا[٨].

---

(١) الإنصاف ٧/٢٦.

(٢) روضة الطالبين ٥/٣٢٤.

(٣) حاشية رد المحتار ٤/٣٤٢.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٣/٣٢.

(٥) روضة الطالبين ٥/٣٢٤.

(٦) المغني ٨/١٨٧.

(٧) المغني ٨/١٨٨.

(٨) المصدر السابق.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم اشتراط القبول؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب بوجود الفرق بين الوقف، والهبة، والوصية، فلا يقاس بعضها على بعض، ووجه الفرق أن الوقف لا يختص بالمعين، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل، فيكون الوقف على جميعهم، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم، ولا يقف على قبوله، والوصية، والهبة بخلاف ذلك.(١)

ويستخلص مما سبق أن عقد الوقف يلزم بمجرد التلفظ به؛ إذا توفرت فيه الشروط التالية:

أولاً: أن يكون الموقوف منتفعاً به على الدوام مع بقاء عينه سواء كان ثابتاً، أو منقولاً.

ثانياً: أن يكون الوقف على التأبيد فلا يصح إذا كان محدداً بمدة.

ثالثاً: أن لا يوقف على نفسه.

فإذا توفرت في الوقف هذه الشروط فإن الوقف ينعقد في جانب الواقف على صفة لازمة، بحيث لا يكون في مقدوره أن يرجع في وقفه الذي تقرب به إلى الله تعالى، فإذا كان المكلف يريد أن يجعل لنفسه الحرية في الرجوع فيما أخرجه لله تعالى فله فعل ذلك في الوصية، لا في الوقف، لأن للمسلم أن يغير في وصيته أو يرجع فيها ما دام على قيد الحياة، فبالوصية يخرج المسلم من لزوم ما تبرع به، فلله الحمد على تيسيره ورفعه للحرج عن هذه الأمة.

---

(١) المغني ١٨٨/٨.

المطلب الرابع

التدبير

تعريف التدبير:

في اللغة مأخوذ: من الدُبُر، وهو عقب كل شئ، ومؤخَّره، ومنه يقال لآخر الأمر: دبر، يقال: جئتك دبر الشهر، أي آخره(١).

وفي الاصطلاح: عتق يعلقه السيد بموته(٢).

ومن أمثلته أن يقول السيد لعبده: إذا مت فأنت حر، أو يقول: أنت حر بعد موتي، أو يقول: أنت مدبر، فإنه يعتق عليه بموته.

لزوم عقد التدبير للسيد:

التدبير من العقود التي تكون لازمة لطرف واحد وهو هنا السيد، فإذا دبر السيد عبده سواء كان معلقاً أو مطلقاً، فحصل الشرط، والموت في المعلق، والموت في المطلق، فإن العتق يلزمه، ويحكم بحرية العبد به، لكن اختلف أهل العلم رحمهم الله في حكم رجوع السيد عن تدبيره قبل وقوع الشرط أو الموت، وهذا الخلاف راجع إلى أن رجوع السيد عن تدبيره إما أن يكون بالقول، أو بالفعل، ولكل منهما حكم يخصه، وبيانه فيما يلي:

حكم الرجوع عن التدبير بالقول:

المراد بالرجوع عن التدبير بالقول أن يتلفظ السيد برجوعه عن تدبيره، كأن يقول: أبطلت، أو فسخت، أو رجعت، ونحوها، وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٢/٣٢٤، لسان العرب لابن منظور٤/٢٦٨، المصباح المنير ٧٢.

(٢) الحاوي الكبير ١٨/١٠٠، مغني المحتاج ٤/٦٤٥، ينظر الهداية ٢/٦٧، المعونة ٣/١٤٨١، المغني ١٤/٤١٢.

القول الأول: أن السيد لا يحق له الرجوع بالقول عن تدبيره، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، الحنابلة[٣]، وأحد القولين في الجديد عند الشافعية[٤]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن السيد يحق له الرجوع بالقول عن تدبيره، وهو القول القديم، وأحد القولين في الجديد عند الشافعية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن التدبير لا يبطل بالرجوع عنه بالقول) استدلوا بالنقل، والعقل:

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا عام يشمل جميع العقود، فيدخل في هذا العموم التدبير، فيكون لازماً على السيد، يجب الوفاء به إذا تلفظ به، وأوجبه على نفسه.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن التدبير، تعليق للعتق بصفة، فلا يبطل، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر[٧].

الوجه الثاني: أن عتق المدبر معلق بموت سيده على الإطلاق، كأم الولد[٨].

---

(١) الاختيار ٤/٢٩.

(٢) المعونة ٣/١٤٨١.

(٣) الإنصاف ٧/٤٣٤.

(٤) الحاوي الكبير ١٨/١١٢، روضة الطالبين ١٢/١٩٤.

(٥) مغني المحتاج ٤/٦٤٩.

(٦) المغني ١٤/٤٢٢.

(٧) المغني ١٤/٤٢٢.

(٨) المعونة ٣/١٤٨١.

دليل القول الثاني :

(أن التدبير يبطل بالرجوع عنه بالقول) استدلوا بالعقل فقالوا : إن السيد جعل لعبده نفسَهُ بعد موته ، فكان ذلك وصية ، فجاز الرجوع فيه بالقول ، كما لو وصى له بعبد آخر[١].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ، والعلم عند الله ، هو القول بعدم جواز إبطال التدبير بالقول ، وذلك لما يأتي :

أولاً : صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً : أما استدلال أصحاب القول الثاني بالقياس على الوصية فيجاب : بأنه لا يصح القياس على الوصية ؛ لأنه لا يملك نفسه ، وإنما تحصل فيه الحرية ، ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ، ولا اختياره ، وتتنجز عقيب الموت ، كتنجزها عقيب سائر الشروط ، ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين ، فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ، ويجتمعان في حصول العتق بالموت.[٢]

فتبين مما سبق أن التدبير يلزم السيد بمجرد تلفظه ، فإن كان مطلقاً عارياً عن الشرط عتق بموت سيده الذي دبره ، وإن كان معلقاً على شرط فتحقق ثم مات السيد ، فإن العبد يعتق لتحقق الشرط .

حكم رجوع السيد عن التدبير بالفعل:

اختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى في حكم رجوع السيد عن تدبيره بالفعل قبل وقوع الشرط أو الموت ، ومثاله أن يبيع السيد عبده قبل موته ، أو يهبه لغيره ، ونحو ذلك من التصرفات ، وذلك على أربعة أقوال :

---

(١) المغني ٤٢٢/١٤.

(٢) المصدر السابق.

القول الأول: أن للسيد أن يبيع عبده المدبر، إذا كان محتاجاً، كأن يكون فقيراً لا يملك شيئاً، أو يكون مديناً، وهو رواية عن الإمام أحمد،[١] رحمه الله.

القول الثاني: أن السيد لـه أن يتصرف في المدبر مطلقاً، سواء كان محتاجاً إلى ذلك، أم لم يكن محتاجاً، وهو مذهب الشافعية،[٢] والحنابلة،[٣] رحمهم الله.

القول الثالث: ليس للسيد أن يتصرف في مدبره مطلقاً، سواء كان محتاجاً، أم لا، وهو مذهب المالكية،[٤] ورواية عند الحنابلة،[٥] رحمهم الله.

القول الرابع: التفريق بين التدبير المطلق، والتدبير المعلق، فالمطلق ليس للسيد أن يتصرف فيه ببيع، ولا هبة، والمعلق للسيد أن يتصرف فيه، وهو مذهب الحنفية[٦]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(للسيد بيعه للحاجة) استدلوا بالنقل، وهو حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً أعتق مملوكاً لـه عن دبر، فاحتاج، فقال رسول الله ﷺ: **(من يشتريه مني؟)** فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم، فدفعها إليه وقال: **(أنت أحوج منه)**[٧].

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ باع المدبر لحاجة السيد، بدليل قوله في آخر الحديث (أنت أحوج منه)[٨].

---

(١) الإنصاف ٧/٤٣٨.

(٢) الحاوي الكبير ١٨/١٠٢، مغني المحتاج ٤/٦٤٨.

(٣) المغني ١٤/٤١٩، الإنصاف ٧/٤٣٧.

(٤) المعونة ٣/١٤٨١، الكافي لابن عبدالبر٢/٩٨٢.

(٥) الإنصاف ٧/٤٣٨.

(٦) الاختيار٤/٢٩، الهداية ٢/٦٧، شرح فتح القدير٥/١٧.

(٧) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/٢٤، صحيح مسلم ٣/٧٨.

(٨) بداية المجتهد ٦/٧.

دليل القول الثاني:

(أن السيد له بيعه مطلقاً) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن التدبير عتق بصفة ثبت بقول المعتق، فلم يمنع البيع، كما لو قال: إن دخلت، فأنت حر[١].

الوجه الثاني: أن التدبير تبرع بمال بعد الموت، فلم يمنع البيع في الحياة، كالوصية[٢].

دليل القول الثالث: (لا يصح بيعه مطلقاً)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا عام يشمل جميع العقود، فيدخل في هذا العموم التدبير، فيكون لازماً على السيد، إذا تلفظ به، وأوجبه على نفسه، فلا يجوز له الرجوع؛ لمخالفته للآية الآمرة بالوفاء بالعقود.

وأما السنة: فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(المدبَّر لا يباع، ولا يوهب)**[٣].

وجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ نهى عن بيعه، والنهى يقتضي التحريم، فدل على عدم جواز التصرف فيه.

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن المدبر مستحق العتق بموت سيده فأشبه، أم الولد[٤].

---

(١) المغني ٤٢٠/١٤.

(٢) المصدر السابق

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه ١٣٨/٤، وقال لم يسنده غير عبيده بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوفاً من قوله، والبيهقي، وقال: الصحيح عن ابن عمر من قوله موقوفاً، وقد روي مرفوعاً بإسناد ضعيف، السنن الكبرى للبيهقي ٣١٤/١٠، وقال الألباني في إرواء الغليل موضوع ١٧٧/٦.

(٤) المغني ٤٢٠/١٤.

دليل القول الرابع:

(التفريق بين المطلق، والمقيد) استدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم.

وأما التفريق بين مطلق التدبير، ومقيده، فقد استدلوا بالعقل فقالوا: إن التدبير المقيد لم ينعقد سببه في الحال لتردد في تلك الصفة، أما المطلق، فهو معلق بمطلق الموت، وهو كائن لا محالة[1].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى، هو القول بجواز الرجوع في التدبير بالبيع في حال الحاجة، دون غيرها؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه: بأن هذا قياس، ولا قياس مع النص، وقد ورد الحديث ببيع المدبر في الحاجة، فلا يتجاوز به موضوع الحاجة، فيكون ذلك القياس فاسد الاعتبار[2].

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بعموم الآية، فيقال: يسلم لكم بعمومها، لكن خصص رسول الله ﷺ بفعله ذلك العموم، حيث باع المدبر لحاجة سيده، فتكون هذه الحالة مستثناة من هذا العموم.

رابعاً: أما استدلالهم بحديث ابن عمر رضي الله عنهما، فيقال: إن هذا الحديث ضعيف كما تقدم.

خامساً: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب عنه: بأنه قياس في مقابل النص، فيكون فاسد الاعتبار.

---

(١) الهداية ٢/٦٨.

(٢) فساد الاعتبار: هو أحد القوادح التي يرد بها القياس، وهو: أن يكون القياس مخالفاً للنص، أو الإجماع، سمي بذلك: لأن اعتبار القياس مع النص، أو الإجماع، اعتبار له مع دليل أقوى منه، وهو اعتبار فاسد، نزهة الخاطر العاطر لابن بدران٢/٣٤٩.

سادساً: أما استدلال أصحاب القول الرابع في التفريق بين المطلق، والمقيد، فيجاب عنه: بأن النص الوارد في جواز بيعه للحاجة عام، ولم يفرق بين نوعي التدبير، فيبقى على عمومه.

وبهذا يظهر أن عقد التدبير من العقود التي تلزم السيد، فلا يصح رجوعه عن تدبيره بعد صدوره منه، وتلفظه به، سواءً كان الرجوع قولياً، أو فعلياً، أما إذا كانت هناك حاجة تستدعي هذا الرجوع من فقر السيد، أو وجود دين عليه فرجع، فإنه يحكم باعتبار رجوعه سالباً من سوالب اللزوم في عقد التدبير، كما سيأتي بيانه إن شاء الله في سوالب اللزوم.

المطلب الخامس

الأمان

تعريف الأمان:

في اللغة: اسم من أمن، يأمن، أمناً، والأمن: ضد الخوف، يقال: استأمنه، إذا طلب منه الأمان، وأستأمن إليه، دخل في أمانه، والمأمن: موضع الأمن، والأمِن بكسر الميم، هو المستجير ليأمن على نفسه[1].

وفي الاصطلاح: رفع استباحة دم الحربي، ورقه، وماله حين قتاله، أو العزم عليه، مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما[2].

فعقد الأمان يكون من مسلم لكافر، يكف بموجبه المسلم عن قتل هذا الكافر، أو استعباده أو أسره، أو استحلال ماله، فإذا زال هذا العقد حل للمسلم كل ذلك.

---

(١) لسان العرب ٢١/١٣، المصباح المنير ١٠.

(٢) بلغة السالك ١/٣٥٩، مغني المحتاج ٢٩٦/٤.

لزوم عقد الأمان في جانب المسلم:

إذا بذل أحد المسلمين الأمان لكافر، فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أنه لا يجوز الغدر به، وخيانته، بل يجب الوفاء بذلك الأمان حتى يصل إلى مأمنه[1]، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه ثم يرد إلى مأمنه، لا نعلم في هذا خلافاً»[2].

وإنما اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم هذا العقد، والاستمرار فيه على قولين:

القول الأول: أن عقد الأمان لازم في جانب المسلم، جائز في جانب الكافر، وهو مذهب المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، وقول بعض الحنفية[6]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الأمان من العقود الجائزة، فللإمام إذا رأى المصلحة في نقضه أن ينقضه، لكن يجب عليه أن يبلغ الكافر مأمنه؛ حتى لا يكون فيه غدر، وهو مذهب الحنفية[7] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الأمان عقد لازم في جانب المسلم)استدلوا بالنقل.

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء: ٣٤].

---

(١) الاختيار ١٢٣/٤، الذخيرة ٤٤٣/٣، المهذب ٢٣٦/٢، المغني ٧٩/١٣.

(٢) المغني ٧٩/١٣.

(٣) المعونة ٦٢٣/١.

(٤) نهاية المحتاج ٨١/٨، مغني المحتاج ٢٩٨/٤.

(٥) المغني ٧٥/١٣.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦.

(٧) بدائع الصنائع ١٠٧/٧، الاختيار ١٢٣/٤.

وجه الدلالة: أنه سبحانه أمر بالوفاء بالعقود، والعهود، وهي عامة تشمل كافة ما التزمه المسلم، ومن ذلك عقد الأمان الذي يصدره المسلم للكافر، يؤمنه على نفسه، وماله، فيكون داخلاً في هذا العموم.

دليل القول الثاني: (الأمان عقد جائز)استدلوا بالعقل فقالوا: إن جوازه كان للمصلحة، فإذا تضمنت المصلحة نقضه نقض، كالهدنة؛ بل هو أولى[1].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الأمان في جانب المسلم، فلا يحق له أن يفسخه، إلا أن يظهر غدر من الكافر، أو يغلب على ظنه أنه سيغدر، فحينئذ له أن يبلغه بانتهاء الأمان، وأن عليه اللحاق بداره، ويبلغه مأمنه؛وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من أن المصلحة قد تقتضي ذلك فيجاب: بأن المصلحة هي في اتباع أمر الله سبحانه، وإن ظهرت مصلحة في نقض العهد، فقد تخفى مصالح كثيرة في استمراره، ولأجل أن يطمئن أهل الكفر إلى ما يصدر من المسلمين، ويروا مدى حرصهم على الوفاء بالعهود، وما يبرمونه من عقود، ثم إذا خشي المسلمون من ظهور مصالح في نقض العهد، فإن عليهم جعل عقد الأمان محدداً بمدة قصيرة يتم تجديدها كلما انتهت.

وبهذا يظهر لنا أن عقد الأمان من العقود التي تلزم طرفاً واحداً وهو الطرف المسلم، دون الطرف الآخر، فهو في حقه عقد جائز، فليس للمسلم أن ينقض هذا العقد الذي التزم بموجبه منح ذلك الكافر الأمان، وفي القول بلزوم عقد الأمان وسيلة لمنح الفرصة لأهل الكفر للدخول في ذلك العقد الذي يترتب عليه تمكنهم من الإطلاع على محاسن الإسلام، والدخول تحت ظلاله.

---

(١) بدائع الصنائع ١٠٧/٧.

المطلب السادس

عقد الذمة

تعريف الذمة:

في اللغة: مأخوذة من ذم، يذم، ذماً، وهو اللوم في الإساءة، وتطلق الذمة ويراد بها العهد، وسمي العهد بذلك؛ لأن الإنسان يذم على إضاعته منه[١].

وفي الاصطلاح: إقرار بعض الكفار على كفره بشرط بذل الجزية[٢]، والتزام أحكام الملة[٣].

فعقد الذمة يتم به إقرار في الظاهر لبعض الكفار؛ وهم أهل الكتاب في ديارهم على كفرهم، على أن يدفعوا للمسلمين مبلغاً مالياً في كل سنة؛ لقاء عدم قتال المسلمين لهم، وحمايتهم ممن يعتدى عليهم، بخلاف الهدنة فإن المراد منها وضع القتال فيما بين المسلمين والكفار، دون أن يلتزم الكفار بدفع المال للمسلمين، ودون أن يلتزم المسلمون بحمايتهم.

لزوم عقد الذمة في جانب المسلمين:

إذا واجه المسلمون الكفار، وكانوا من أهل الكتاب، من اليهود، والنصارى، فإنهم يدعونهم إلى الإسلام، فإن أبوا دعوهم إلى دفع الجزية، فإن أبوا قاتلوهم، فإذا وافق أهل الكتاب على دفع الجزية للمسلمين لقاء بقائهم على دينهم الكتابي، فإنهم يصبحون أهل ذمة للمسلمين، ويكون ذلك مؤبداً في حق المسلمين، لا يجوز

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٢/٣٤٥، لسان العرب ١٢/٢٢٠، المصباح المنير ٨٠.

(٢) هي مأخوذة من جزى يجزي يقال: جزيت الدين قضيته، وهي ما يؤخذ من أهل الذمة كل عام فكان ما يدفعونه للمسلمين ديناً يقضونه، المصباح المنير ٣٩.

(٣) كشاف القناع ٣/١١٦، ينظر بقية التعاريف: شرح القدير ٦/٤١، عقد الجواهر الثمينة ١/٤٨٥، روضة الطالبين ١٠/٢٩٧.

فسخه، إلا إذا صدر من الكفار ما يوجب نقض العهد من جهتهم، فإنه يحق للمسلمين حينئذ أن ينقضوه، وعلى هذا فإن عقد الذمة يعتبر لازماً في حق المسلمين، وليس بلازم في حق الكفار، وهذا متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله[١].

فعقد الذمة يلزم المسلمون بالوفاء به، ولا يجوز لهم فسخه ما لم ينقض العهد الذي بينهم، وبين الذميين، أما في جانب الكفار فهو جائز، فإن استقاموا لنا ببذل الجزية، والحفاظ على متطلبات هذا العقد، فهم على عقدهم، ويلزم المسلمون به، فإن نقضوا العهد، ولم يقوموا بما يجب عليهم أن يقوموا به فإن المسلمين في حل من عهدهم، ولهم نقضه متى شاؤا، ويسقط عنهم لزومه حينئذ.

وقد دل على لزوم عقد الذمة في حق المسلمين، وعدم جواز نقضه منهم دليل الكتاب، وسنة النبي ﷺ.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ قَـٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾ [التوبة: ٢٩].

ووجه الدلالة: أن المولى جعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم، فمتى بذلوها لم يجز قتالهم، فدل على أنهم بإعطاء الجزية يحكم بأمانهم، ولا يحق التعرض لهم، وهذا موجب عقد الذمة.

وأما السنة: فقوله ﷺ: (**فإن هم أبوا، فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم ..**)[٢] الحديث.

---

(١) ينظر بدائع الصنائع ١١٢/٧، الكافي لابن عبد البر ٤٨٣/١، بلغة السالك ٣٦٩/١، المهذب ٢٥٦/٢، نهاية المحتاج ٨٦/٨، المغني ٢١٢/١٣.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٤٠/٥.

ووجه الدلالة: أنه عليه الصلاة والسلام جعل الكف عنهم، وعدم قتالهم، مشروطاً عليهم بدفع الجزية، فإن لم يقوموا بدفعها حل قتالهم، فدل ذلك على أن الكفار إذا دفعوا الجزية فإنه يلزم المسلمون بقبولها، وكف الأذى عنهم.

وبهذا ظهر أن عقد الذمة من العقود التي تلزم في جانب طرف واحد، وهو جانب المسلمين، وقد سبق في عقد الأمان ما يترتب على القول بلزومه من الحكم، وما ينبني من المفاسد على عدم لزومه، وهكذا يقال في عقد الذمة.

وقد تبين من هذا المبحث أن هذه العقود تكون لازمة، ولزومها في جانب أحد الطرفين دون الطرف الآخر، واللزوم فيها يكون في أول أحوال العقد، بخلاف ما سيأتي من عقود في المبحث الثالث وهي العقود التي تكون جائزة في أول أحوال العقد، ثم تنقلب إلى اللزوم بعد ذلك.

المبحث الثالث

العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين

يشتمل هذا المطلب على مقصدين:

المقصد الأول: المضاربة[١]:

تعريف المضاربة:

في اللغة: مفاعله من ضرب، يضرب، ضربًا، وهو معروف، ثم استعير منه عدة معان منها: الضرب في الأرض بالسفر للتجارة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

فالمضاربة مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة[٢].

وفي الاصطلاح: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما يحصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه[٣].

والمضاربة هي لغة أهل العراق، وأما أهل الحجاز فيقولون لها (القراض)، فأما سبب تسميتها بالمضاربة فلما تقدم من الضرب في الأرض بالسفر من أجل

---

(١) للعلماء رحمهم الله في ذكر المضاربة طريقان، أحدهما: جعل المضاربة مع الشركة، على أنها نوع من أنواعها، وهو صنيع الحنابلة رحمهم الله، وثانيهما: إفراد المضاربة بباب مستقل، دون ربطه بالشركات، وهو صنيع الجمهور رحمهم الله، المبسوط ١٧/٢٢، بداية المجتهد ١٦٠/٥، المهذب ٣٩١/١، المغني ١٣٢/٧.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣٩٧/٣، لسان العرب ٥٤٣/١، المصباح المنير ١٣٦.

(٣) المغني ١٣٢/٧، ينظر بقية التعاريف: الاختيار ١٩/٣، بداية المجتهد ١٦٢/٥، مغني المحتاج ٤١٨/٢.

التجارة؛ لأن التجارة غالباً تقتضي كثرة السفر، أو من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم، وأما سبب تسميتها بالقراض فقيل: هو مشتق من القطع، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة، وسلمها إلى العامل، وقيل من التساوي يقال تقارض الشاعران إذا تناشدا، وتوازنا في الشعر.[١]

المضاربة عقد جائز للطرفين قبل الشروع:

اتفق أهل العلم رحمهم الله على أن عقد المضاربة من العقود الجائزة للطرفين، وهما رب المال، والعامل، وذلك قبل الشروع في العمل؛ لأن المضاربة من عقود المعونة والإرفاق، ولأن هذا العقد المصلحة فيه عدم اللزوم فالمقصود فيه الربح، وهو غير حاصل، بل ربما ضاع تعب العامل، وخسر المال، فجعل هذا العقد قبل الشروع على الجواز؛ نفياً للضرر عن المتعاقدين[٢].

وقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على اعتبار عقد المضاربة جائز للطرفين القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله حيث يقول: «أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وأن لكل منهما فسخه، ما لم يشرع العامل في القراض»[٣]اهـ.

فعقد المضاربة قبل الشروع في العمل من العقود الجائزة للطرفين؛ بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله، ولذا فإذا أراد رب المال، أو العامل فسخ المضاربة فله ذلك، سواء كان ذلك عن رضى من الطرف الآخر، أم لا، إذ أن طبيعة العقد الجائز قبوله للفسخ من أحدهما وإن لم يرض الآخر.

---

(١) الاختيار ١٩/٣، الحاوي الكبير ٣٠٥/٧، مغني المحتاج ٤١٨/٢، المغني ١٣٣/٧.

(٢) الذخيرة ٥٥/٦.

(٣) بداية المجتهد ١٦٧/٥، ينظر: بائع الصنائع ١٠٩/٦، التلقين ٤٠٧/٢، الحاوي الكبير ٣٠٧/٧، المغني ١٧٢/٧.

المضاربة عقد لازم للطرفين بعد الشروع:

إذا شرع المتعاقدان في عقد المضاربة بأن أعطى رب المال للعامل المال، ومكنه منه فقام العامل بالشروع في عملية المضاربة بشراء، ونحوه فإن العقد حينئذ محل خلاف بين أهل العلم رحمهم الله، هل يصير لازماً بالشروع، أو هو باقٍ على أصله من عدم اللزوم، وذلك على قولين:

القول الأول: أن عقد المضاربة بعد شروع العامل يصير عقداً لازماً للطرفين، وهو مذهب المالكية، [1] رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد المضاربة بعد شروع العامل جائز لهما، وهو مذهب الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، رحمهم الله.

وأصحاب هذا القول لم يقولوا بإطلاق أن من حق كل واحد منهما الفسخ، بل عندهم بعض التفصيل، فالحنفية رحمهم الله: اشترطوا علمه بالعزل، كما اشترطوا أن يكون المال دارهم، أو دنانير. [5]

أما الشافعية، والحنابلة رحمهم الله فقالوا: إن كان رأس مال المضاربة عرضاً، واتفقا على القسمة، أو البيع، فلهما ذلك؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما، فإن اختلفا، وطلب أحدهما البيع، أجبر العامل على البيع، ليرد المال إلى ربه ناضاً[6] كما استلمه، وأجبر رب المال على البيع، ليعرف العامل قدر ربحه.[7]

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/١١٢٧، الخرشي على مختصر خليل٦/٢٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ٦/١٠٩، حاشية رد المحتار٥/٦٥٤.

(٣) المهذب ١/٣٩٤، الحاوي الكبير ٥/٢٩، ٧/٣٢٨.

(٤) المغني ٧/١٧٢، كشاف القناع ٣/٥٢٠.

(٥) بدائع الصنائع ٦/١٠٩.

(٦) هو من نض الشيء إذا حصل، وأهل الحجاز يسمون الدراهم، والدنانير نضاً، وناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً؛ لأنه يقال: ما نض بيدي منه شيء؛ أي ما حصل.المصباح المنير ٢٣٣.

(٧) الحاوي الكبير٧/٣٢٨، المهذب ١/٣٩٥، المغني ٧/١٧٣، كشاف القناع ٣/٥٢١، وقد ذكروا: أوجهاً عندهم في ذلك، فلينظر.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن عقد المضاربة يلزم بعد الشروع) استدلوا بالعقل فقالوا: إن في القول بجواز العقد بعد الشروع ضرراً بالطرفين معاً، ذلك أن العامل لا يستحق الأجر إلا بالعمل، فالربح في المضاربة لا يكون إلا بعد انتهاء العقد، وأما رب المال فلو عاد المال إليه عرضاً لاحتاج ذلك إلى كلفة، ومؤنة عليه حتى يعيده عيناً، ونقداً[1].

دليل القول الثاني:

(أن عقد المضاربة جائز بعد الشروع) استدلوا بقياس المضاربة على الوكالة، فالمضارب يتصرف في مال الغير بإذنه، فكما أن الوكالة عقد جائز بعد العمل، فالمضاربة كذلك[2].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد المضاربة بعد الشروع للطرفين معاً، فلا يفسخ أحدهما العقد إلا بعد رضا الطرف الآخر؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً: لا يسلم بأن المضاربة كالوكالة من كل وجه، فالمضاربة تكون وكالة ولا عكس، ثم إن للمضارب حقاً في الربح، لا يتبين إلا بعد أن يتحول العرض إلى عين.

ثالثاً: أن في القول بلزوم العقد للطرفين، حماية لحقوقهما من الضياع، وقطعاً للنزاع، الذي يكثر لو قيل: بأن العقد جائز لهما بعد الشروع.

إذًا فعقد المضاربة يعتبر من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين، العامل، ورب المال، وذلك بعد شروع العامل في العمل، وفي هذه الحالة لا يملك

---

(١) المعونة ١١٢٧/٢، بداية المجتهد ١٦٨/٥.

(٢) المغني ١٧٢/٧.

أحدهما الفسخ للعقد إلا بعد انتهاء العقد بنضوض المال، وبيان الربح إن وجد، وأما إذا كان قبل الشروع فهو جائز لهما ؛إذ لا ضرر على أحدهما من القول بجوازه، وأحقية الفسخ لهما.

المقصد الثاني :القسمة

تقدم أن عقد القسمة يكون لازماً للطرفين، وأن هناك أحوالاً يكون فيها القسمة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين معاً، وهذا هو محل الحديث في هذا المقصد، وبيانه في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: لزوم عقد قسمة التراضي في الأعيان:

سبق أن القسمة إما أن تكون عن إجبار، أو تكون عن تراضي، وأن القسمة التي تكون عن إجبار تعتبر من العقود التي تلزم الطرفين، أما إذا كانت القسمة قد تمت عن طريق التراضي من الشركاء فهي قبل القسمة عقد جائز، يملك فيها كل واحد من الطرفين حق الرجوع، والفسخ ؛إذ القسمة كانت عن رغبة منهما، ولم يتم خروج السهام لكل منهما، أما إذا خرجت السهام فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم القسمة على قولين:

القول الأول: أن هذه القسمة التي تمت بين الشركاء برضى منهم تعتبر لازمة في حقهم عند تمامها، وخروج السهام، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3]، ووجه عند الشافعية، [4]رحمهم الله.

القول الثاني: أن هذه القسمة التي تمت بين الشركاء برضى منهم، لا تعتبر لازمة

---

(١) بدائع الصنائع ٢٨/٧.

(٢) الخرشي على خليل ١٩٦/٦، حاشية الدسوقي٥١١/٣.

(٣) المغني ١١٣/١٤، الإنصاف١١/ ٣٥٤.

(٤) الحاوي الكبير٢٥٥/١٦، روضة الطالبين ٢١٧/١١.

إلا إذا رضوا بها بعد وقوعها، وحصول الإيجاب، والقبول، وهو الأصح عند الشافعية، [١] ووجه عند الحنابلة، [٢] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(تلزم القسمة بخروج السهام) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن القاسم بين الشركاء يكون كالحاكم، فتكون قرعة القاسم كحكم الحاكم، فتكون لازمة لهم؛ كقسمة الإجبار[٣].

الوجه الثاني: أن القسمة قبل تمامها كالبيع الذي لم يتم، فكما أن البيع الذي لم يتم غير لازم فكذلك هنا، وإذا لزم البيع بعد تمامه، فالقسمة لازمة بعد تمامها كالبيع[٤].

دليل القول الثاني:

(لا تلزم إلا بعد رضا الشركاء بالقسمة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هذه القسمة بيع، والبيع لا يلزم إلا بالتراضي، وإنما القرعة في هذه القسمة هي لمعرفة البائع من المشتري، وليست دليل الرضا، بل يكون الرضا منهما بعد ظهور القسمة، فإذا بانت، ورضي بها لزمت القسمة لهما، وأما قبل الرضا فغير لازمة للطرفين[٥].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم القسمة بعد خروج السهام دون الحاجة إلى رضا الشركاء بعد ذلك، وذلك لما يأتي:

---

(١) الحاوي الكبير ٢٥٥/١٦.

(٢) المغني ١١٣/١٤.

(٣) الحاوي الكبير ٢٥٥/١٦، المغني ١١٣/١٤.

(٤) بدائع الصنائع ٢٨/٧.

(٥) المغني ١١٣/١٤.

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيقال: إن القسمة إن كانت بيعاً فقد تم التراضي بينهما على القبول بما تخرجه السهام لهم، والرضا بعد خروج السهام هو بمنزلة الرضا بعد القبول، والإيجاب في البيع، فكما أنه لا يعتبر قوله لم أرض بالبيع بعد إيجابه، فكذلك لا يعتبر رضاه بعد خروج السهام.

ثالثاً: أن في القول بعدم لزوم القسمة بخروج السهام إهداراً للجهد، والوقت، الذي يبذله القاسم، فإن كانت القسمة عادلة فقد رضيا بقسمته، وإن لم تكن عادلة فللمظلوم حق الطعن فيها بالجور.

الحالة الثانية: لزوم عقد قسمة المنافع للطرفين:

هذه هي الحالة الثانية التي يكون فيها عقد القسمة عقداً جائزاً يؤول إلى اللزوم، وهي فيما إذا اتفق الشركاء على أن تقسم منافع العين المشتركة بينهما، كأن يستفيد أحدهم من منفعة هذه العين مدة زمنية، ثم يستفيد الآخر من منفعتها كذلك مدة أخرى مثلها، فلو فرض أن بين زيد وعمرو داراً مشتركة بينهما فاتفقا على أن يسكن كل منهما هذه الدار مدة زمنية كشهر، فيسكن زيد أولاً، ثم يسكن عمرو بعده، فيكون كل منهما قد استفاد مثل صاحبه، فهذا النوع من القسمة يسمى بقسمة المنافع؛ لأن منفعة الدار، وهي السكنى قسمت بين الشريكين مع بقاء العين مشتركة بينهما، وقد اختلف في لزوم هذا النوع من القسمة وذلك على قولين:

القول الأول: إن قسمة المنافع من العقود اللازمة، فيلزم الشركاء بها إذا تم تعيين الزمن، وهو مذهب المالكية[1]، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[2]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن قسمة المنافع من العقود الجائزة فلكل منهم فسخ القسمة متى

---

(١) بداية المجتهد ٥/٢٣١، بلغة السالك ٢/٢٣٧.

(٢) الاختيارات الفقهية ٥٩٩.

شاء، وهو مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، رحمهم الله .

الأدلة:

دليل القول الأول:

(قسمة المنافع لازمة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هذه القسمة فيها تبادل المنافع فأشبهت الإجارة، والإجارة المحددة بالمدة لازمة، فكذا القسمة للمنافع المحددة بالمدة. تكون لازمة أيضاً[٤].

دليل القول الثاني:

(قسمة المنافع جائزة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن في قسمة المنافع بذل منافع، ليأخذ منافع من غير إجارة فلم يلزم، كما لو أعاره شيئاً ليعيره آخر إذا احتاج إليه[٥].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم قسمة المنافع، إذا كان الشركاء قد حددوا المدة التي ينتفع بها كل منهم من العين المشتركة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أن الاتفاق على قسمة المنفعة يعتبر عقداً، والله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، ويشهد لذلك قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والأمر يقتضي الوجوب، ولا يخرج عن هذا العموم عقد إلا بدليل.

ثانياً: أن في القول بجواز عقد القسمة دون لزومها، ضرراً يحصل لمن لم ينتفع بالعين؛ ذلك أن من انتفع بالعين قد قضى حاجته منها، ثم بعد ذلك يفسخ العقد، دون مراعاة لحاجة شريكه، التي قد تكون حاجته أعظم من حاجة من انتفع بالعين.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٣٢.

(٢) مغني المحتاج ٤/٥٣٨، بيجرمي على الخطيب ٤/٤١٠.

(٣) المغني ١٤/١١٩، كشاف القناع ٦/٣٧٤.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/٤٩٨.

(٥) المغني ١٤/١١٩.

ثالثاً: أن قياس هذه القسمة على الإجارة أولى ؛ ذلك أنهما يتفقان على مدة زمنية ، ينتفع بها كل منهما من هذه العين ، أما في الإعارة فإن المنافع تختلف ، ثم إنه قد لا يحتاج إلى شيء ليستعيره من صاحبه فتبين أن قياسها على الإجارة أولى ، ومما يدل على أن قياس القسمة على الإجارة أولى : ما قيل : بأنه يلزم من انتفع من العين ثم فسخها ، أن يدفع أجرة المثل لشريكه ، لقاء انتفاعه[1].

رابعاً: أن القسمة على هذا الوجه من المعاوضة ، فكل واحد من الشريكين معاوض لصاحبه في مقابل حقه على سبيل المقاصة ، فهي أشبه بالبيع ، فتكون لازمة دفعاً للظلم ، والغبن.

وبناء على ما سبق فإنه يمكننا أن نستخلص لزوم القسمة في حالتين :

الحالة الأولى: قسمة التراضي في الأعيان: فإذا تراضت جميع الأطراف على قسمة العين المشترك فيها ، فإن هذا التراضي يكون جائزاً يملك كل واحد من الشركاء حق الرجوع فيه ، ما لم يبدأ القاسم في قسمته ؛ ، فإذا بدأ في القسمة وظهرت السهام انقلبت إلى اللزوم ، فليس لأحد من المقتسمين الرجوع دون رضا الطرف الآخر ، فهي بهذا تكون من العقود الجائزة التي تنقلب إلى اللزوم في جانب المقسوم لهم.

الحالة الثانية : قسمة المنافع : إذا تم اتفاق أصحاب العين المشترك فيها على أن يستفيد كل منهم بهذه العين مدة زمنية ، فالعقد قبل الدخول في الانتفاع من العقود الجائزة يملك كل واحد من الشركاء حق الرجوع ؛ لعدم حصول الانتفاع من أحدهم ، فإذا بدأ العمل بالقسمة ، فابتدأ أحدهم بالانتفاع فإنها بذلك تصبح لازمة للجميع ، فلا يستطيع أحدهم فسخ ما تم التعاقد عليه حتى يستنفذ كل منهم المدة المتفق على الانتفاع بها ، إلا أن يكون هناك تراضٍ من الأطراف الأخرى.

---

(١) مغني المحتاج ٤/٥٣٨ ، كشاف القناع ٦/٣٧٤.

المطلب الثاني

العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق طرف واحد

يشتمل هذا المطلب على سبعة مقاصد وهي:

المقصد الأول: الرهن:

تعريف الرهن:

في اللغة: مأخوذ من: رهن الشيء يرهن، رهناً، إذا حبسه عنده، والمرهون المحبوس، فهو رهينة ومنه قولهم: هذا راهن لك، أي محبوس عليك، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]، أي محبوسة بكسبها.

ويأتي بمعنى الدوام، والثبات يقال: أرهن له الشر، أي أدامه وأثبته له حتى كف عنه، قالوا: وكل شيء ثبت، ودام فقد رهن[١].

وفي الاصطلاح: هو: المال الذي يجعل وثيقة بالدين؛ ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.[٢]

لزوم عقد الرهن في حق الراهن:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في أن عقد الرهن لازم في حق الراهن، دون المرتهن؛ لأن الحق للمرتهن، فلو شاء أسقطه عن الراهن ورد الرهن إليه، ولا غرابة في ذلك؛ إذ أن من حقه أن يبرأه من الدين، وقد بين الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله أنه لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في سقوط الرهن إذا أذن المرتهن، فقال رحمه الله: «وإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل

---

(١) لسان العرب ١٣/١٨٨، المصباح المنير ٩٢.

(٢) المغني ٦/٤٤٣، ينظر بقية التعاريف: التلقين ٢/٤١٥، الهداية ٤/١٢٦، تكملة شرح فتح القدير ١٠/١٥٤.

حال ؛ لأن المنع كان لحق المرتهن وقد أذن ، ويسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق ، أو معسراً ، لأنه أذن فيما ينافي حقه ، فإذا وجد زال حقه...»[١].

وقت لزوم عقد الرهن:

إذا ثبت أن الرهن لازم لأحد الطرفين ، وهو الراهن ، فإنه يرد السؤال عن وقت هذا اللزوم ، هل يكون بعد العقد مباشرة ، أم لا بد من القبض حتى يلزم؟.

والجواب عن ذلك أن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن الرهن يلزم بالقبض ، وأما قبل القبض فهو جائز ، وللراهن الحق في أن يرجع عن رهنه ، وهو مذهب الحنفية ، [٢]والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الرهن يلزم بالعقد ، ويجبر الراهن على الإقباض ، وهو مذهب المالكية[٥] رحمهم الله.

القول الثالث: أن الرهن لا يصح إلا بالقبض ، وهو قول الإمام زفر من الحنفية[٦] ، وقول لبعض الحنابلة[٧] ، رحمهم الله.

---

(١) المغني ٤٨٣/٦ ، ينظر : الهداية ١٤٥/٤ ، تكملة شرح فتح القدير ١٩٧/١٠ ، التلقين ٤٢١/٢ ، الحاوي الكبير ٤/٦ ، نهاية المحتاج ٢٥٤/٤ ، كشاف القناع ٣٢١/٣ ، المقنع ١٠١/٣.

(٢) الاختيار ٦٣/٢ ، بدائع الصنائع ١٣٧/٦.

(٣) المهذب ٣١٢/١.

(٤) المغني ٤٤٦/٦ ، المقنع ١٠٣/٣.

(٥) المعونة ١١٥٣/٢ ، عقد الجواهر الثمينة ٥٨٧/٢.

(٦) بدائع الصنائع ١٣٧/٦.

(٧) الإنصاف ١٤٩/٥.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يلزم الرهن بالقبض) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الدلالة: تدل هذه الآية على اشتراط القبض من ثلاثة أوجه وهي:

الوجه الأول: أن الله سبحانه وتعالى وصف الرهن بالقبض، فوجب أن يكون شرطاً في صحته، كوصف الرقبة بالإيمان، والاعتكاف بالمسجد، والشهادة بالعدالة، فكانت هذه الأوصاف شروطاً، فكذا القبض.

الوجه الثاني: أنه سبحانه وتعالى ذكر غير الرهن من العقود، ولم يصفها بالقبض، وذكر الرهن، ووصفه بالقبض، فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض إما لاختصاصه به، أو ليكون تنبيهاً على غيره، وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه.

الوجه الثالث: أن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية، لا تستفاد بحذف ذكره، ولا فائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطاً في صحته[1].

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الرهن عقد إرفاق، يفتقر إلى القبول، والقبض، فلم يلزم من غير قبض، كالهبة[2].

الوجه الثاني: أن الرهن عقد تبرع؛ لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً، ولهذا لا يجبر عليه، فلا بد من إمضائه، كما في الوصية، وذلك بالقبض[3].

---

(١) الحاوي الكبير ٦/٦، ينظر: بدائع الصنائع ١٣٧/٦، الاختيار ٦٣/٢، المهذب ٣١٢/١، المغني ٤٤٦/٦.

(٢) المهذب ٣٣٦/١، الاختيار ٦٢/٢، المغني ٤٤٦/٦.

(٣) الهداية ١٢٦/٤، تكملة شرح فتح القدير ١٥٦/١٠.

دليل القول الثاني :

(يلزم الرهن بالعقد) استدلوا بالنقل ، والعقل.

أما دليلهم من النقل : فقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣].

وجه الدلالة : أن المولى سبحانه جعل القبض صفة للرهن ، والصفة غير الموصوف ، وليست صفة لازمة ، وإلا لما صح قوله : أرهنك هذا ، ولم يسلمه إليه(١).

أما دليلهم من العقل فمن وجهين :

الوجه الأول : أن الرهن عقد من العقود ، فلم يكن شرط انعقاده قبض المعقود عليه ، أصله سائر العقود.

الوجه الثاني : أن الرهن عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده ، كالبيع(٢).

دليل القول الثالث :

(أن الرهن لا يصح إلا بالقبض) استدلوا بالعقل فقالوا : إن القبض ركن في الهبة ، فكذلك في الرهن بجامع أن كلاً منهما عقد إرفاق(٣).

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ، والعلم عند الله ، هو القول بلزوم عقد الرهن بالقبض ؛ وذلك لما يأتي

أولاً : صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل ، والعقل.

ثانياً : أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل ، فيجاب بأن كون الصفة غير الموصوف ، لا يستلزم عدم الشرطية ، ثم إن قوله : أرهنك هذا ، هو من باب وصف الشيء بما يؤول إليه ، وهو لا ينفي الشرطية أيضاً.

---

(١) الذخيرة ٨/١٠٠.

(٢) المعونة ٢/١١٥٤.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١١٥ ، ١٣٧.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول، فيقال: إن هذا قياس في مقابلة النص، فقد ورد النص باشتراط ذلك في الرهن؛ دون غيره.

رابعاً: أما استدلالهم من العقل بالوجه الثاني، فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، ووجه الفارق أن البيع عقد معاوضة، والرهن عقد إرفاق، ففي عقد المعاوضة يقصد المعقود عليه بنفسه، وأما في عقد الإرفاق فلا يقصد المعقود عليه بنفسه، كما في الرهن هنا حيث يقصد أن يستوفي الحق منه، وإذا تبين الفرق، فلا يقاس أحدهما على الآخر[١].

خامساً: أما استدلال أصحاب القول الثالث فيجاب عنه بعدم التسليم بأنه ركن في الرهن؛ ذلك أن الله تعالى قال: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن، فلم يكن لقوله عز شأنه ﴿مَّقۡبُوضَةٌ﴾ معنى، فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط، وليس بركن.[٢]

اشتراط استدامة قبض المرهون للحكم بلزومه:

إذا تقرر أن القول الراجح، هو اشتراط القبض في لزوم عقد الرهن، فهل يشترط أن يكون القبض على الدوام حتى الوفاء أم لا يشترط ؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة، وذلك على قولين:

القول الأول: أن دوام القبض شرط في لزوم عقد الرهن، وهو مذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة في المشهور[٥]، رحمهم الله.

---

(١) المغني ٦/٤٤٦.

(٢) بدائع الصنائع ٦/١٣٧.

(٣) المبسوط ٢١/٦٩، بدائع الصنائع ٦/١٤٥.

(٤) المعونة ٢/١١٥٤، بداية المجتهد ٥/٢٣٩.

(٥) المغني ٦/٤٤٨، الإنصاف ٥/١٥١.

القول الثاني: أن دوام القبض لا يشترط في لزوم الرهن، وهو مذهب الشافعية[١]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الدوام في القبض شرط) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة: أن الآية عامة فتشمل سائر أحوال الرهن في الابتداء، والدوام[٢]، وإخباره سبحانه بكونه مقبوضاً لا يحتمل الخلل، فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً[٣].

وأما دليلهم من العقل فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن حقيقة الرهن الحبس، فيقتضي أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً، ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام، لم يكن محبوساً على الدوام، فلم يكن مرهوناً[٤].

الوجه الثاني: أن الاستدامة حال من أحوال الرهن، فكانت تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن، مخرجة له عن الرهن، أصله الابتداء[٥].

الوجه الثالث: أنه إذا عاد الرهن إلى الراهن، فربما يجحد الرهن، والدين

(١) الحاوي الكبير ٦/١٣، مغني المحتاج ٢/١٨٠.

(٢) المعونة ٢/١١٥٤.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٤٥.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المعونة ٢/١١٥٤.

معاً، فالمقصود من الرهن أن يسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا بدوام يد المرتهن عليه[١].

دليل القول الثاني:

(أن الاستدامة ليست شرطاً في لزوم الرهن) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: **(الرهن يُركب بنفقته، إذا كان مرهونا، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَب بنفقته، إذا كان مرهونا، وعلى الذي يَركَب، ويَشْرَب النفقة)**[٢].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ جعل الرهن مركوباً، ومحلوباً، ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن، أو المرتهن، فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

الأول: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك.

الثاني: أنه جعل على الراكب، والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن، دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه، ثم لم يزل حكم الرهن عنه، فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته[٣].

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الرهن شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض، كالهبة، والصرف.

الوجه الثاني: أن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع؛ لجواز اشتراط الرهن على يدي عدل، فلما لم تكن استدامة القبض في البيع، مع قوته شرطاً في صحته، فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن، مع ضعفه شرطاً في صحته أولى[٤].

---

(١) المبسوط ٢١/٧٠.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣/١١٦.

(٣) الحاوي الكبير ٦/١٣.

(٤) المصدر السابق ٦/١٤.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول باشتراط استدامة القبض في لزوم الرهن؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالحديث فيجاب عنه: أن الأصل في المرتهن، أنه لا يستحق، لكن الحديث أثبت له الاستحقاق بالعوض، فصار الرهن في يد المرتهن، ولا يخرجه الحديث من يد المرتهن بحال، بل إن الحديث يؤكد أن يد المرتهن باقية؛ لأنه لم يوجب النفقة على الراهن، بل جعلها على المرتهن، وجعل له الركوب، والحلب بقدر نفقته، وهذا يؤكد الحرص على استبقاء الرهن، حتى يستدام القبض، فالحديث حجة على اشتراط الاستدامة، لا على إلغائها.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه بجوابين:

الأول: قلب الدليل بأن يقال: تصرف من شرطه القبض، فلا يكون للدافع في العين حق بعد ذلك، كالواهب في الهبة.[1]

الثاني: أن هذا قياس مع الفارق، فالهبة المقصود منها الملك، وزوال اليد لا ينافيه، وأما الرهن فالمقصود منه التوثق، وزوال اليد ينافيه، ولاسيما والرهن معناه الاحتباس والثبوت.[2]

رابعاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيقال: بأنه قياس مع الفارق، ذلك أن المقصود من الرهن الإرفاق، والتوثقة، وأما البيع فالمقصود منه المعاوضة، ثم إن القبض في البيع ليس شرطاً في لزوم العقد، بخلاف الرهن فإنه محل اتفاق.

ومما سبق يتضح أن عقد الرهن لا يلزم أحد الطرفين إذا كان بالقول، أما إذا تم القبض، فإنه يكون لازماً في جانب أحدهما، وهو الراهن، فلا يحق له فسخ الرهن،

---

(١) الذخيرة ٨/١٢٥.

(٢) المصدر السابق، المغني ٦/٤٤٩.

بخلاف المرتهن فإن الحق له ؛ فإذا شاء أسقطه ، واللزوم في الرهن يقتضي كذلك أن تكون يد المرتهن باقية على المرهون حتى الوفاء ، أما لو قبل بزوال يده عن ذلك المرهون قبل السداد فإنه يحكم بزوال لزوم الرهن حينئذ .

المقصد الثاني : الجعالة :

تعريف الجعالة:

في اللغة : مثلثة الجيم مأخوذة من الجُعل ، وهو الأجر ، يقال : جعل له جُعلاً ، وأجعله جُعلاً ، إذا أعطاه الجُعل[1].

وفي الاصطلاح : أن يضع شيئاً معلوماً ، لمن يعمل له عملاً معلوماً ، أو مجهولاً ، مدة معلومة ، أو مجهولة[2].

فالجاعل يحدد المراد فعله ، كأن يطلب رد المال الضائع له ، من دابة ضائعة ، أو مال مفقود ، ونحو ذلك ، ويحدد المقابل لهذا العمل ، بأن يصرح بأن له كذا من المال مقابل عمله.

الجعالة عقد جائز للطرفين قبل الشروع:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفة عقد الجعالة قبل شروع العامل فيها على قولين :

القول الأول : أن عقد الجعالة قبل الشروع ، يعتبر عقداً جائزاً للطرفين ، فلكل منهما ترك العقد ، وفسخه ، وإن لم يرض صاحبه ، وهو مذهب الشافعية[3] ،

---

(١) معجم مقاييس اللغة١/٤٦٠ ، لسان العرب ١١/١١١ ، المصباح المنير٤٠ .

(٢) زاد المستقنع ٧٤ ، ينظر بقية التعاريف : الخرشي على مختصر خليل ٧/٥٩ ، مغني المحتاج ٢/٥٨٢ ، أما الحنفية فلم يجيزوا إلا الجعل على رد الآبق بشروط عندهم والجمهور على خلافهم ، بدائع الصنائع ٦/٢٠٣.

(٣) الحاوي الكبير ٥/٢٩ ، منهاج الطالبين ٢/٥٨٦ ، نهاية المحتاج ٥/٤٧٦.

والحنابلة[١] والراجح عند المالكية[٢]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الجعالة قبل الشروع يعتبر عقداً لازماً للطرفين، وهو قول لبعض المالكية[٣] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول: (جائز للطرفين)استدلوا بالعقل من وجهين.

الوجه الأول: أن الجعالة تعليق استحقاق بشرط، فأشبهت الوصية.

الوجه الثاني: أن العمل في الجعالة مجهول، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم، كالقراض.[٤]

دليل القول الثاني: (لازم للطرفين)استدلوا بالعقل فقالوا: إن الجعالة استئجار على المنفعة، فأشبهت الإجارة، فكانت لازمة لهما بالقول، شأنها شأن الإجارة.[٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن عقد الجعالة من العقود الجائزة للطرفين قبل الشروع في العمل؛ ذلك أن الجعالة تكون على أمر مجهول لكلا العاقدين، فلو قيل باللزوم لهما فقد يلزمه مالا تتعين مصلحته له، فإن العمل المطلوب، والذي جعل الجُعل في مقابله قد يتعذر فيكون المناسب أن تشرع على الجواز، ويكون لكل منهما فسخ العقد، حتى لا يلتزم بأمر يظهر منه الضرر عليه.

---

(١) المقنع ٢/٢٩٣، كشاف القناع ٤/٢٠٦.

(٢) التلقين ٢/٤٠٥، المعونة ٢/١١١٥، الذخيرة ٦/١٧، حاشية الدسوقي٤/٦٥.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٣/٧، الذخيرة ٦/١٧.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٣/٧، نهاية المحتاج ٥/٤٧٦، مغني المحتاج ٢/٥٨٧.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٣/٧، الذخيرة ٦/١٧.

لزوم عقد الجعالة في حق الجاعل بعد شروع المجعول له:

إذا تلفظ الجاعل بالجعل مقابل حصول منفعة له، ونحوها، فسمع بذلك العامل فبدأ وشرع محاولاً أن يقوم بالعمل ليتمكن من حصول المنفعة للجاعل، فهل يكون العقد حينئذ لازماً ؟ والجواب اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أن عقد الجعالة بعد شروع العامل، لازم في حق الجاعل، دون المجعول له، وهو مذهب المالكية، [١]رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الجعالة جائز لهما حتى بعد الشروع في العمل، فإن كان الرجوع من الجاعل، فعليه أجرة المثل للمجعول له، وإن كان الرجوع من العامل فلا شيء له، وهو مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، رحمهم الله.

الأدلة:

هذه الأقوال هي كالأقوال في الجعالة قبل الشروع، غير أن القول الراجح عند المالكية اختلف، ففي الحالة الأولى، وهي قبل الشروع الراجح عندهم الجواز من الجانبين، وبعد الشروع الراجح عندهم أنها لازمة في حق الجاعل، ولذا فالأدلة السابقة لم تختلف فلا حاجة لتكرارها.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والله أعلم بالصواب هو القول بلزوم عقد الجعالة بعد الشروع في حق الجاعل، دون المجعول له؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أن في القول بعدم لزوم هذا العقد في حق الجاعل ضرراً بالمجعول له، فإنه إذا شرع بالعمل، وقارب على تحصيله، وتكشفت بعض الحقائق حوله، مما يسهل

---

(١) التلقين ٢/٤٠٥، الذخيرة ٦/١٧، عقد الجواهر الثمينة ٣/٧.

(٢) منهاج الطالبين ٢/٥٨٦، نهاية المحتاج ٥/٤٧٦، مغني المحتاج٢/٥٨٧.

(٣) المقنع ٢/٢٩٣، الروض المربع ٢/٢٣٣، كشاف القناع ٤/٢٠٦.

للجاعل الحصول على منفعته المفقودة، فإنه قد يقوم بفسخ العقد، ويترتب على ذلك الضرر على المجعول له، وما قيل من أجرة المثل فإن ذلك قد لا يكون مثل الجُعل المترتب على العمل، والنتيجة، فيكون الجاعل قد دفع الأقل، وهو أجرة المثل تخلصاً من الأكثر، وهو الجُعل.

ثانياً: أن المجعول له جعل له الخيار في الاستمرار، وعدمه؛ لأن في تركه للعمل إسقاطاً لحقه، فلا يمنع من ذلك، كما لو تبرع به ابتداءً، أما بعد تمام العمل فإن العقد لازم للجاعل واستقر في ذمته الجعل للعامل الذي قام بذلك العمل.

ويستخلص مما تقدم أن عقد الجعالة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في جانب أحد الطرفين، وهو الجاعل، دون الطرف الثاني، وهو العامل، فالجعالة تكون جائزة لكل منهما قبل شروع العامل فيها، وتكون لازمة في جانب الجاعل وحده، إذا شرع العامل بالعمل، وهكذا بعد تمام العمل، فلو أن العامل ترك حقه من الجُعل لم يجبر عليه، ولكان متبرعاً بعمله على هذا الوجه.

المقصد الثالث: القرض:

تعريف القرض:

في اللغة: مأخوذ من قرض، يقرض، قرضاً، ومعناه القطع، وأصل القرض ما يعطيه الرجل، أو يفعله ليجازى عليه، تقول العرب: لك عندي قرض حسن، وقرض سيئ[١].

و في الاصطلاح: دفع مال لمن ينتفع به، ويرد بدله[٢].

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٥/٧١ لسان العرب ٧/٢١٦، المصباح المنير ١٩٠.

(٢) الروض المربع ٢/١٩٠، ينظر بقية التعاريف: حاشية رد المحتار ٥/١٦١، عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٦٥، الذخيرة ٥/٢٨٦، مغني المحتاج ٢/١٦٠.

أنواع القرض:

عقد القرض من عقود الإرفاق، وهي العقود التي لا يقصد منها الغبن كعقود البيع، والإجارة، وإنما يقصد منها أن يرفق أحد الطرفين بالآخر، فهنا في القرض يقصد المقرض أن يرفق بالغريم، فأعطاه المال ليرد بدله، وصفة عقد القرض من حيث اللزوم، وعدمه تنبني على معرفة أنواع القرض، فقد يتفق المقرض، والمقترض على تحديد أجل القرض، فيكون القرض، محدد الأجل، وقد يطلقا القرض، فيكون غير محدد الأجل، ولكل نوع منهما حكمه من حيث لزوم القرض، وعدمه وتفصيل ذلك فيما يأتي:

النوع الأول: القرض المحدد بمدة:

المراد بتحديد المدة في القرض، أن يتفق الطرفان، وهما المقرض، والمقترض على تحديد مدة معينة للقرض، يجب رده من المقترض في تلك المدة، ومثاله أن يقرض زيد عمراً، مبلغاً مالياً على أن يقوم بوفائه بعد سنة كاملة.

النوع الثاني: القرض غير المحدد بمدة:

وفي هذا النوع يطلق الطرفان مدة القرض، وزمانه فلا يحددانه بوقت معين، مثل أن يعطي زيد لعمرٍ ألفاً، ويقول له: هذه قرض إلى اليسار، فالقرض هنا غير مؤقت بزمان بل هو مطلق، فيحتمل أن يكون اليسار قريباً، ويحتمل أن يكون بعيداً.

لزوم عقد القرض المحدد بمدة في جانب المُقْرِض:

إذا كان القرض قد اتفق الطرفان على تأجيل الوفاء به لأجل معين، فإنه يختلف العلماء رحمهم الله في لزوم ذلك الأجل بالنسبة للمُقْرِض على قولين:

القول الأول: أن الأجل في القرض يلزم، فيكون القرض مؤجلاً بين المقرض،

والمقترض، فيلزم القرض في جانب المُقْرِض وحده، وهو مذهب المالكية[١]، ووجه عند الحنابلة[٢]، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[٣]، والإمام ابن القيم[٤]، والإمام الشوكاني[٥]، والشيخ عبد الرحمن السعدي[٦]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الأجل في القرض لا يلزم، وإن كان يسن الوفاء بالأجل، وهو مذهب الحنفية[٧]، والشافعية[٨]، والحنابلة[٩]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يلزم التأجيل في القرض) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا الأمر عام، والقرض عقد من العقود، فيدخل في هذا العموم، فيجب الوفاء به[١٠].

---

(١) المعونة ٢/١٠٠٠، الكافي لابن عبدالبر ٢/٧٢٧، عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٦٥، الذخيرة ٥/٢٩٥.

(٢) الإنصاف ٥/١٣٠، كشاف القناع ٣/٣١٦.

(٣) الاختيارات الفقهية ٢٣٠.

(٤) أعلام الموقعين ٣/٣٦٢.

(٥) السيل الجرار ٣/١٤٤.

(٦) المختارات الجلية ٧٩.

(٧) النتف في الفتاوى ١/٤٩٣، بدائع الصنائع ٧/٣٩٦.

(٨) روضة الطالبين ٤/٣٤، نهاية المحتاج ٤/٢٣١، مغني المحتاج ٢/١٦٤.

(٩) المغني ٦/٤٣١، كشاف القناع ٣/٣١٦، وقد ذكر أن مراد الأصحاب بتحريم التأجيل، هو تحريم الإلزام بالتأجيل.

(١٠) المختارات الجلية ٧٩.

وأما السنة: فما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (**المسلمون على شروطهم**)[١].

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن من صفات المسلمين أنهم يتقيدون بالشروط، ويلتزمون بها، والقرض المتفق على تأجيله داخل في هذا؛ لأن التأجيل نوع من الاشتراط، فيجب الالتزام به، ولا يجوز الرجوع عنه.[٢]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: لا يجوز الرجوع عن التأجيل في القرض من المقرض، كما لا يجوز الرجوع في الهبة، ويشهد للأصل ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (العائد في هبته كالعائد في قيئه).[٣] فجعل رسول الله ﷺ الذي يعود في هبته كمن يعود في قيئه، والرجوع في القيء محرم.[٤]

الوجه الثاني: إن الأجل قد صار حقاً للمقترض، فأشبه الأجل في السلم.[٥]

دليل القول الثاني: (لا يلزم التأجيل في القرض) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الحق يثبت حالاً، والتأجيل تبرع منه، ووعد، فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً[٦].

الوجه الثاني: أن القرض عقد منع فيه التفاضل، فمنع فيه الأجل، كالصرف[٧].

---

(١) روي هذا الحديث عن أبي هريرة، وعائشة، وعمرو بن عوف رضي الله عنهم، وقد أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً ٥٢/٣، و أبو داوود ٣٠٤/٣، والترمذي ٦٣٤/٣، والدارقطني ٢٧/٣، ينظر التلخيص الحبير لابن حجر٢٦/٣، فتح الباري لابن حجر٤٥١/٤، وقال الشيخ الألباني رحمه الله: صحيح، إرواء الغليل١٤٢/٥.

(٢) السيل الجرار ١٤٤/٣.

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري١٤٢/٣، صحيح مسلم ٦٤/٥.

(٤) المعونة ١٠٠١/٢، فتح الباري ٢٣٥/٥.

(٥) المعونة ١٠٠١/٢.

(٦) المغني ٤٣٢/٦.

(٧) كشاف القناع ٣١٦/٣.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، أن الأجل في القرض يلزم الوفاء به؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه: بأنه لا يسلم لهم بأن الأجل في العارية لا يلزم الوفاء به، بل العارية إذا أجلت فهي كالقرض، يلزم الوفاء بأجلها المتفق عليه.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيجاب عنه: بأنه لا يسلم لهم قياس القرض على الصرف، فالقرض إرفاق، والصرف معاوضة، وقد ورد النص بالتقابض في الصرف، دون القرض.

وبهذا يتضح أن القرض الذي تم تأجيله، يعتبر عقداً لازماً في حق المُقْرِض دون المقترض، فيلزم المُقْرِض بهذا الأجل إذا كان معيناً، فلا يحق له أن يطالب بسداد القرض قبل أجله، في حين أن المقترض يستطيع القيام بوفاء ما عليه، وإن كان قبل أجله ما لم يكن هناك ضرر يلحق المُقْرِض.

لزوم عقد القرض الغير محدد المدة في جانب المُقْرِض:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم عقد القرض، غير محدد المدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن عقد القرض غير المؤجل، لازم في حق المُقْرِض، دون المقترض، فليس للمُقْرِض استرجاعه قبل أن ينتفع به، ومرجع ذلك إلى العادة، وهو قول المالكية في الأرجح[1]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد القرض غير المؤجل لازم في حق المُقْرِض، دون المقترض

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٧٢٧/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٦٨/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل ٥٤٨/٤، حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.

من حيث إرجاع عين المال، فالمقرض ليس له مطالبة المقترض بعين المال، لكن له أن يطالبه به في الحال، وهو مذهب الحنابلة[١]، رحمهم الله.

القول الثالث: أن عقد القرض غير المؤجل، جائز في حق الطرفين المقرض، والمقترض، فلكل منهما فسخه، وهو مذهب الحنفية، [٢]والشافعية، [٣]وبعض المالكية، [٤]رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لازم في حق المُقرِض، دون المقترض) لم ينص أصحاب هذا القول على دليلهم فيما أعلم، ولعل دليلهم هو النظر إلى حقيقة القرض، فإن المقصود به الإرفاق، ولا يتم ذلك إلا بمضي مدة يمكنه فيها الانتفاع بذلك القرض، أما إذا لم تمض مدة يمكنه أن ينتفع بالقرض فيها فإن الإرفاق لم يحصل.

دليل القول الثاني:

(لازم في حق المُقرِض في عدم رد عين ماله) استدلوا بالعقل فقالوا: إن القرض سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالاً، كالإتلاف[٥].

دليل القول الثالث:

(عقد جائز لكل منهما) لم ينص أصحاب هذا القول على دليلهم فيما أعلم، ولعل دليلهم النظر إلى أن المُقرِض متبرع بالإقراض، فإذا أراد الرجوع فله ذلك فالمحسن ما عليه من سبيل.

---

(١) المغني ٦/ ٤٣١، الإنصاف ٥/ ١٢٦.

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٤٩٣، بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٦.

(٣) المهذب ١/ ٣١٠، مغني المحتاج ٢/ ١٦٤.

(٤) حاشية الدوسوقي ٣/ ٢٢٦.

(٥) المغني ٦/ ٤٣١.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد القرض في حق المُقْرِض دون المقترض؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أن حقيقة القرض تقتضي ذلك، فإن المُقْرِض حينما دخل في العقد، دخل و هو على علم بالغبن في ماله، وقصده الإرفاق بالمقترض، وذلك يقتضي بقاء القرض عنده مدة يستطيع الانتفاع فيها بالقرض.

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بالفرق بين المتلف والمقترض.لأن المتلف متعد في إتلافه بخلاف المقترض فإنه أخذ القرض ليستفيد منه، ولا يتم ذلك إلا بمضي مدة يمكن فيها الانتفاع بالقرض.

رابعاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث فيجاب عنه بأن التبرع لا يتم إلا بمضي مدة، ولا يكتمل تبرعه إلا بعد أن يتمكن المقترض من الانتفاع بالقرض، وذلك لا يتم إلا بعد أن تمضي مدة من الزمن، تجري العادة بانتفاع المقترض في مثلها بالقرض.

خامساً: أن من عادات ذوي المروءة عدم الرجوع في القرض قبل أن يستفيد المقترض من القرض، وهذا يتفق مع تعاليم الإسلام، وحثه على مكارم الأخلاق.

ويستخلص مما سبق أن عقد القرض سواء كان مؤجلاً، أو غير مؤجل، فإنه يعتبر من العقود اللازمة في حق المُقْرِض، دون المقترض، فالمقرض ليس له الرجوع في القرض قبل انتهاء مدة الأجل، أو مضي مدة تكون كافية في العادة، باستيفاء المقترض فيها بالقرض، وأما المقترض فله أن يعيد القرض قبل الأجل، أو قبل أن يستفيد منه، إلا أن يكون في ذلك ضرر على المُقْرِض.

وقت لزوم عقد القرض:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في الوقت الذي يكون القرض فيه عقداً لازماً للمُقْرِض على قولين:

القول الأول: أن عقد القرض يلزم بالقبض، فإذا قبض المقترض القرض من مقرضه، فإن العقد يصبح بذلك لازماً في حق المُقْرِض، دون المقترض، وهو قول أكثر الحنابلة، [1]رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد القرض لازم بمجرد القول، ولا يتوقف ذلك على القبض، وهو قول المالكية[2]، وبعض الحنابلة[3]، واختيار الإمام الشوكاني[4]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يلزم القرض بالقبض) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن القرض عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك عليه كالهبة.[5]

الوجه الثاني: أن المقرض أزال ملكه بعوض من غير خيار، فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع.[6]

دليل القول الثاني:

(يلزم بالقول) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن المناط في نقل الأموال من بعض العباد إلى بعض هو التراضي فإذا حصل التراضي بالقول فقد انتقل المال[7].

---

(١) الفروع ٤/٢٠١، الإنصاف ٥/١٢٥، كشاف القناع ٣/٣١٤.

(٢) شرح الزرقاني لمختصر خليل ٥/٢٢٩، حاشية الدسوقي ٣/٢٢٦.

(٣) الفروع ٤/٢٠١، الإنصاف ٥/١٢٥.

(٤) السيل الجرار ٣/١٤٤.

(٥) كشاف القناع ٣/٣١٤.

(٦) المغني ٦/٤٣١.

(٧) السيل الجرار ٣/١٤٤.

الوجه الثاني: قياس القرض على الهبة، والصدقة، فإنهما ينعقدان بالقول بجامع أن كلاً منهما من عقود الإرفاق، والمعروف.[١]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن عقد القرض لا يلزم إلا بعد القبض؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالوجه الأول فيقال: إن المُقْرِض بالخيار إن شاء أقبضه حتى يلزم، وإن شاء لم يقبضه، وإذا كان الشارع الحكيم جعل في عقود المعاوضات فرصة بالخيار، فلأن يكون المقرض وهو محسن للمقترض، عنده فرصة بالرجوع، لاسيما قبل القبض من باب أولى، والقرض كما يذكر الفقهاء من عقود الإرفاق[٢].

ثالثاً: أن اسم القرض مأخوذ من القطع[٣]، وهو أن المقرض يقطع جزءاً من ماله للمقترض ولا يتم انقطاع ملك المُقْرِض إلا بالتسليم.

رابعاً: أن المستقرض بنفس القبض، صار متمكناً بالتصرف في القرض، بغير إذن المقرض بيعاً، وهبة، وصدقة، وغيرها من التصرفات، فإذا تصرف نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إذن المقرض وهذه أمارات الملك[٤].

مما سبق يظهر أن عقد القرض في أول أمره يكون عقداً جائزاً، فإذا تم القبض انقلب إلى اللزوم في جانب أحد طرفي العقد، وهو المقرض، دون المقترض، فإن كان القرض إلى أجل فهو لازم إلى ذلك الأجل، وإلا فالمرجع إلى العادة التي ينتفع المقترض فيها من القرض.

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/٢٢٦.

(٢) المغني ٦/٤٣٦.

(٣) معجم مقاييس اللغة ٥/٧١، لسان العرب ٧/٢١٦.

(٤) بدائع الصنائع ٧/٣٩٦.

المقصد الرابع: الهبة:

تعريف الهبة:

في اللغة: مأخوذة من: وهب، يهب، وهْبًا، ووهَبًا، إذا أعطى، واتهب الهبة: إذا قبلها، يقال: تواهب القوم، إذا وهب بعضهم لبعض، ومنه قوله تعالى: ﴿لِّلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩] فإذا كثرت سمي صاحبها وهَّاباً[١].

وفي الاصطلاح: تمليك في الحياة بغير عوض[٢].

أنواع الهبة:

الهبة تتنوع من حيث قصد الواهب، وإرادته أن يثاب على هبته تلك من قبل الموهوب له إلى نوعين:

النوع الأول: هبة غير الثواب:

في هذا النوع لا يكون قصد الواهب من هبته أن يثاب عليها من الموهوب له، وإنما مراده منها تقوية الأخوة الإيمانية، وحدوث الألفة والمحبة، وتوطيد العلاقة بينهما، أو غير ذلك من المقاصد التي لا يراد منها المكافأة، والرد.

النوع الثاني: هبة الثواب:

في هذا النوع من الهبة يكون مراد الواهب أن يحصل على ثواب من الموهوب له، ويعرف ذلك إما بالشرط، أو بالعرف كأن يهب الفقير للغني، والسوقة للأمير، ونحو ذلك.

عقد الهبة لغير الثواب جائز يؤول إلى اللزوم:

الهبة من العقود التي فيها شبه بعقدين، أحدهما الوقف، والثاني القرض، فتشبه الوقف في كون كل من الواهب، والواقف تنازل عن ملكه، فالواهب متنازل عن

---

(١) معجم مقاييس اللغة ١٤٧/٦، لسان العرب ٨٠٣/١، المصباح المنير ٢٥٨.

(٢) المغني ٢٣٩/٨، المقنع ٣٣١/٢.

ملكية الشيء الموهوب للموهوب له، والواقف متنازل عن ملكية الشيء الموقوف للموقوف عليهم، وأما شبهها بالقرض؛ فلأن كل منهما يعتبر من الإرفاق، والإحسان؛ ولما كانت الهبة بهذه الصورة يتنازعها عقدان، أحدهما يلزم بالقول، كما في الوقف، والآخر يلزم بالقبض، كما في القرض، وقع الخلاف بين أهل العلم رحمهم الله في حكم عقدها من حيث اللزوم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن عقد الهبة جائز، يؤول إلى اللزوم، وهو قول الشافعية في المشهور، [(١)] والمذهب عند الحنابلة، [(٢)] رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد الهبة جائز، فإذا أراد الواهب الرجوع في هبته، فله ذلك حتى بعد القبض، وهو مذهب الحنفية، [(٣)]رحمهم الله.

القول الثالث: أن الهبة عقد لازم بالقول، ويلزم الواهب بالقبض، وهو مذهب المالكية[(٤)]، وقول للشافعية[(٥)]، رحمهم الله، ورواية عند الحنابلة رحمهم الله في غير المكيل والموزون[(٦)].

الأدلة:

دليل القول الأول:

(عقد جائز يؤول إلى اللزوم) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فما روت أم المؤمنين عائشة بنت الصديق رضي الله عنها

---

(١) المهذب ٤٥٤/١، الحاوي الكبير ٢٩/٥، روضة الطالبين ٣٧٥/٥، مغني المحتاج ٥٤٢/٢.

(٢) المغني ٢٤٢/٨، الإنصاف ١١/٧، كشاف القناع ٣٠٣/٤.

(٣) المبسوط ٤٩/١٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦، حاشية رد المحتار ٦٨٨/٥.

(٤) التلقين ٥٥٠/٢، عقد الجواهر الثمينة ٦٩/٣.

(٥) المهذب ٤٥٤/١، روضة الطالبين ٣٧٥/٥.

(٦) الإنصاف ١٢٠/٧.

(أن أبا بكر الصديق ﷺ نحلها جاد[1] عشرين وسقاً[2] من ماله بالغابة[3]، فلما مرض قال: يا بنية، ما أحد أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أحد أعز عليّ فقراً منك، وكنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه، و احْتَزْتِيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل)[4].

ووجه الدلالة: أن أبا بكر ﷺ جعل القبض دليلاً على لزوم الهبة التي وهبها، فلو كانت قبضت أم المؤمنين هذه الهبة لم تكن للورثة، بدليل قوله ﷺ: (جددتيه، واحتزتيه كان لك)، لكنها لم تفعل ذلك، فحكم رضي الله عنه بعدم لزومها، وأنها لم تخرج من ماله، ولهذا أمرها أن تقتسم النصيب الموهوب مع إخوتها، فدل على أن مجرد التلفظ بالهبة لا يكفي للحكم بلزومها، بل لابد من وجود القبض، والحيازة.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الهبة عقد إرفاق، يفتقر إلى القبول، فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض.

---

(١) جاد: إما أن يكون معناه: جداد عشرين فيكون صفة للثمرة الموهوبة، فتقديره وهبها عشرين وسقاً مجدودة، وإما أن يكون المعنى أنه يجد، ويصرم من النخل مقدار عشرين وسقاً؛ فيكون صفة للنخل التي وهب ثمرتها، فمعناه وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقاً، وأصل الجد مأخوذ من القطع.المنتقى للباجي٦/٩٤، المصباح المنير ٣٦.

(٢) الوَسْق: ستون صاعاً، وهو ثلاثمائة وعشرون رطلاً عند الحجاز، وأربعمائة وثمانون رطلاً عند أهل العراق، على اختلافهم في مقدار الصاع والمد.النهاية لابن الأثير٥/١٨٥.

(٣) الغابة: موضع من عوالي المدينة ، يقع شمال المدينة غربي جبل أحد، ويبعد وسط الغابة عن المسجد النبوي بنحو ١٣ كيلاً.المنتقى للباجي٦/٩٤، وفاء الوفاء للسمهودي٤/١٢٧٥، آثار المدينة المنورة للأنصاري١٨٠.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٢/٧٥٢، والبيهقي في السنن الكبرى٦/١٧٠، قال الحافظ ابن حجر: رواه الموطأ بإسناد صحيح، فتح الباري ٥/٢١٥.

الوجه الثاني: أن الهبة عقد لا يلزم الوارث إلا بالقبض، فوجب أن لا يلزم الموروث إلا بالقبض كالرهن طرداً[١] والبيع عكساً[٢][٣].

دليل القول الثاني: (عقد جائز) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها)**[٤].

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ جعل للواهب حق الرجوع في الهبة، ولا يصح أن يكون ذلك قبل القبض، والتسليم، لأنه أطلق اسم الهبة على المال، وذلك لا يكون قبل القبض والتسليم، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك إنما يكون بعد القبض[٥].

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن المقصود بالهبة هو التعويض للعادة، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته، إذ العقد يقبله[٦].

دليل القول الثالث:

(عقد لازم) استدلوا بالنقل، والعقل.

---

(١) الطرد: ما يوجب الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت.التعريفات للجرجاني١٣٦، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي٢٦٢.

(٢) العكس: انتفاء الحكم لانتفاء العلة. الأحكام للآمدي٢٠٧/٣، شرح الكوكب المنير٦٧/٧.

(٣) الحاوي الكبير ٥٣٥/٧، المغني ٢٤١/٨.

(٤) أخرجه ابن ماجة وفي إسناده إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف ٧٩٨/٢، وأخرجه الدارقطني ٤٤/٣، وجاء في التعليق المغني على الدار قطني : إبراهيم بن إسماعيل ضعفوه، وجاء في نصب الراية ١٢٥/٤، له طريقان أحدهما ما تقدم، والآخر فيه إبراهيم بن أبي يحي، ضعيف سنن ابن ماجة للألباني ١٨٥.

(٥) العناية شرح الهداية ٤٠/٩، تكملة شرح فتح القدير ٤٠/٩.

(٦) الهداية ٢٢٧/٣.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن هذه الآية عامة في لزوم الوفاء بالعقود، ولم تشترط القبض، فدلت على لزوم العقود بلا قبض، فتبقى على عمومها إلا ما خص بدليل.

وأما السنة: فحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **(العائد في هبته كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه).**

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ شبه الذي يعود في هبته بالكلب الذي يقيء ثم يعود في قيئه، والقيء محرم، فلا يحل الرجوع فيه ولهذا قال الإمام قتادة بن دعامة رحمه الله بعد الحديث: «ولا أعلم القيء إلا حراماً»[١] اهـ، بل إنه ﷺ قال: **(ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه)**[٢].

و المعنى لا ينبغي لنا معشر المؤمنين، أن نتصف بصفة ذميمة، يشابهنا فيها أخس الحيوانات في أخس أحوالها[٣]، فدل هذا على تحريم الرجوع في الهبة، وهذا نص عام يشمل الرجوع بعد القبض، وقبله[٤].

كما استدلوا (بأن النبي ﷺ حين أهدى إلى النجاشي، ثلاثين أوقية [٥] مسكاً، وقال لأم سلمة: **(إن النجاشي قد مات، وسيُردّ عليّ فأعطيك، فلما رد عليه أعطى**

---

(١) فتح الباري ٥/٢٣٥.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٣/١٤٢.

(٣) فتح الباري ٥/٢٣٥.

(٤) المعونة ٣/١٦٠٨.

(٥) بضم الهمزة، وتشديد الياء، وهي زنة سبعة مثاقيل، وقيل: زنة أربعين درهماً، لسان العرب لابن منظور١ /١٢.

كل واحدة من نسائه أوقية، ودفع باقيه إلى أم سلمة)[١].

وجه الدلالة: أن الهبة لو كانت تلزم بالقول لما رجع النبي ﷺ في هبته ولا هديته، وكيف يتصرف في هبته[٢]، وهو القائل: **(العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه).**

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أنه عقد من العقود، فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود.

الوجه الثاني: أن الهبة عطية، فلم يفتقر انعقادها إلى قبض، كالوصية[٣].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن عقد الهبة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم بالقبض؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث أبي هريرة رضي الله عنه فيجاب عنه: بأنه حديث ضعيف كما تقدم.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل، فيقال: لا يسلم لكم ذلك، فليس المقصود بالهبة التعويض في نوعيها، بل هو مخصوص بهبة الثواب دون الهبة بقصد الأجر من الله

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند٦/٤٠٤، والحاكم وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، قال الذهبي في تلخيص المستدرك: (قلت: منكر، ومسلم الزنجي ضعيف) المستدرك على الصحيحين للحاكم٢/١٨٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٦، والطبراني في المعجم الكبير ٢٣/٣٥٢، وضعفه الألباني في إرواء الغليل٦/٦٢.

(٢) التمهيد ٧/٢٤٣.

(٣) المعونة ٣/١٦٠٨، المنتقي للباجي ٦/٩٤.

تعالى، ولذلك قصر الحكم بالفسخ على الأولى دون الثانية، إن لم يعط الواهب عوضاً عليها.

رابعاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالآية، فيقال: إن عموم الآية يشمل العقود التي هي لازمة، والهبة لم تلزم قبل القبض، بدليل ما ذكرنا، فتكون الهبة مخصصة من عموم الآية الكريمة.

خامساً: أما استدلالهم بحديث ابن عباس رضي الله عنهما فيقال: إن هذا الحديث محمول على المقبوض[1] بدليل فعله ﷺ كما في قصة إهدائه للنجاشي.

سادساً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول فيقال في جوابه: إنه قياس مع النص ولا قياس مع النص.

سابعاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيقال إن المعنى في الوصية أنها لما لزمت الوارث؛ لزمت الموروث، والهبة قبل القبض لما لم تلزم الوارث؛ لم تلزم الموروث.

فإذا تقرر أن الراجح أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فإن الهبة تكون بذلك عقداً جائزاً قبل القبض، فللواهب أن يرجع في هبته، فإن شاء أقبض الموهوب له، وإن شاء امتنع من تقبيضه؛ لأنه غير ملزم بعد، فإذا أقبضه فإن الهبة تكون حينئذ لازمة في حقه، دون الموهوب له.

لزوم هبة الثواب:

تقدم أن هذا النوع من الهبة يقصد منه صاحبه المعاوضة والرد، وأن ذلك إما أن يعرف عن طريق الشرط، أو العرف، ولقد اختلف العلماء رحمهم الله في لزوم عقدها، سواء في حال الشرط، أو في حال العرف، وبيان خلافهم في الحالتين على النحو التالي:

---

(١) الحاوي الكبير ٥٣٦/٧، المغني ٢٤١/٨.

الحالة الأولى: إذا كان الثواب على الهبة مشروطاً:

ومن أمثلتها أن يهب رجل لرجل هبة، ويشترط عليه أن يقوم برد شيء بدلها، سواء حدد بدلاً، أو لم يحدد، وفي لزوم الهبة في هذه الحالة قولان:

القول الأول: أنها لازمة بالعقد، تأخذ حكم البيع سواء بسواء، وهو مذهب المالكية[١]، والشافعية على الصحيح[٢] والحنابلة[٣]، وزفر من الحنفية[٤]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الهبة المشترط فيها الثواب، تكون هبة ابتداءً، وبيعاً انتهاءً، وهو قول الحنفية[٥] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الهبة بشرط الثواب تأخذ حكم البيع قبل القبض وبعده) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الهبة بشرط العوض هي تمليك بعوض، فصح، كما لو قال: ملكتك هذا بدرهم، فإنه لو أطلق التمليك كان هبة، وإذا ذكر العوض صار بيعاً، والعبرة في العقود بالمعاني، لا بالألفاظ[٦].

دليل القول الثاني:

(الهبة بشرط الثواب تأخذ حكم البيع بعد القبض لا قبله)استدلوا بالعقل فقالوا: إنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة، ومعنى البيع، فيعطى شبه العقدين، فيعتبر فيه

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٣/٧٣.

(٢) الوجيز ١/٢٥٠، روضة الطالبين ٥/٣٨٦.

(٣) المغني ٨/٢٨٠، الروض المربع ٢/٢٤١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/١٣٢، الهداية ٣/٢٢٩.

(٥) المصدرين السابقين.

(٦) بدائع الصانع ٦/١٣٢، الهداية ٣/٢٩٩، المغني ٨/٢٨٠.

القبض، والحيازة، عملاً بشبه الهبة.ويثبت فيه حق الرد بالعيب، وعدم الرؤية، وحق الشفعة عملاً بشبه البيع، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.(١)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى، هو القول بأن الهبة بشرط الثواب تعتبر بيعاً سواء قبل القبض أو بعد؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من العقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من دليل العقل فيجاب بأن المعتبر في العقد هو المعنى لا اللفظ، لذا يعطى حكم العقد الذي ينطبق عليه المعنى، وهو هنا البيع، فإنه يفهم من اشتراط الثواب أن يكون مبادلة مال بمال وهذه حقيقة البيع.

فإذا تقرر أن الهبة هنا تأخذ حكم البيع، فإن كان العوض معلومًا، فالعقد صحيح، ويأخذ حكم البيع الصحيح، فيثبت في هذا العقد الخيار، والشفعة، والرد بالعيب، واللزوم قبل التقابض، وإن كان العوض مجهولاً، لم تصح الهبة عند الأكثر؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم تصح كالبيع، وتأخذ حكم البيع الفاسد.(٢)

الحالة الثانية: إذا كان الثواب على الهبة بالعرف:

وفي هذه الحالة لا يصرح الواهب بقصده، و لا يشترط على الموهوب له الرد، والمكافأة، وإنما يجري العرف برد هذه الهبة، والمكافأة عليها، ومن أمثلتها أن يهب الفقير للغني، أو يهب أحد الرعية للسلطان، فالعادة جارية في مثل هذا أن يرد الموهوب له تلك الهبة بهبة أخرى، أو يكافئ عليها بما يراه مناسباً، وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله هل هذا النوع من الهبة يقتضي الثواب أو لا ؟ وذلك على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع ١٣٢/٦، العناية علي الهداية ٤٩/٩.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٧٣/٣، الوجيز ٢٥٠/١، المغني ٢٨/٨.

القول الأول: أن هذه الهبة تقتضي الثواب، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، وقول عند الشافعية[٣]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الهبة في هذه الصورة لا تقتضي الثواب، وهو مذهب الحنابلة[٤]، والشافعية في الأظهر، [٥]رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن هذه الهبة تقتضي ثواباً) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة، والأثر.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦].

ووجه الدلالة: إن هذه الآية تشمل الهبة، والهدية، لأنها يتحيى بها، وورود الآية في السلام لا يمنع دلالتها على محل النزاع؛ لأن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب[٦].

وأما السنة: فحديث أبي هريرة ﷺ أن أعرابياً أهدى لرسول الله ﷺ بَكْرَة، فعوضه منها ست بكرات فتسخطه، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: (**إن فلاناً أهدى إليّ ناقة، فعوضته منها ست بكرات، فظل ساخطاً، ولقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي، أو أنصاري، أو ثقفي، أو دوسي**)[٧].

---

(١) الهداية ٢٢٧/٣.
(٢) المعونة ١٦١٠/٣، الكافي لابن عبد البر ١٠٠٦/٢.
(٣) الوجيز ٢٥٠/١.
(٤) المغني ٢٨٠/٨، الروض المربع ٢٤١/٢.
(٥) الوجيز ٢٥٠/١، روضة الطالبين ٣٨٥/٥.
(٦) الذخيرة ٢٧٢/٦.
(٧) أخرجه أبو داود في سننه ٢٩٠/٣، والترمذي في سننه ٧٣٠/٥، ، مشكاة المصابيح ٩١٠/٢.

ووجه الدلالـة: أن المصطفى ﷺ أعطى هذا الأعرابي حتى أرضاه، ولم يشترط هـذا الأعـرابي الـثواب، لكنها لما كانـت مـن الأدنى للأعلى، اقتضت الثواب عرفاً، فدل على أن الهبة إذا جرى عرف بالرد عليها اقتضت الثواب[١].

وأما الأثر: فمـا روي عن أمـير المؤمنين عمـر بـن الخـطاب ﷺ أنـه قـال: (من وهـب هبة يـرى أنـه إنمـا أراد بهـا الـثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها)[٢].

وجه الدلالة: أن أمير المؤمنين جعـل للواهـب في الهبة الـتي يراد بها الثواب حق الرجوع فيها، إذا أثيـب بمـا لا يرضـاه مـع أنـه لم يصـرح بذلـك، فـدل عـلى أن الهبة المطلقة عن الشرط تقتضي الثواب، وأن الحكم به ليس خاصاً بالمشروط.

وأما من المعقول فقالوا: إن هذه الهبة تقتضي الثواب عرفًا، والعرف كالشرط[٣].

دليل القول الثاني:

(أن هذه الهبة لا تقتضي ثواباً) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن هـذه الـهبة عطـية عـلى وجـه التبرع، فـلم تقتضـي ثوابـاً، كهبة المثل، والوصية.[٤]

الوجه الثاني: أن مدلول لفظ الهبة انتفاء العوض، والقرينة لا تساويه، فلا يصح إعمـال القرينة، وترك اللفظ، ولهذا لو اشترط العوض لم يلحق بالهبة، وإنما تنقلب بيعاً[٥].

---

(١) المعونة ١٦١٥/٣، فتح الباري ٢١٥/٥.

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٧٥٤/٢.

(٣) الذخيرة ٢٧٢/٦.

(٤) المهذب ٤٥٤/١، المغني ٢٨٠/٨.

(٥) كشاف القناع ٣٠٠/٤.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن هذه الهبة تقتضي الثواب؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل السنة، والأثر.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل في الوجه الأول، فيجاب عنه: بأن هناك فرقاً بين الأصل، والفرع في القياس المذكور؛ لأن الهبة للمثل لم تقتض ثواباً لا شرطاً، ولا عرفاً، بخلاف هبة الأدنى للأعلى فإنها تقتضي الثواب غالباً بالعرف فافترقا، وأما الوصية، فإن المقصود بها ثواب الآخرة في الأصل؛ فلذلك لم تقتض أعواض الدنيا، فكانت كالصدقة، والهبة تراد لثواب الدنيا غالباً، كالمحبة، أو المكافأة، فاقتضت العوض، وافترقا فلم يصح القياس.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني، فلا يسلم بأن الهبة تتنافى مع العوض، بدليل قصة الأعرابي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلو كانت الهبة لا تقتضي عوضاً لما أعطاه الرسول ﷺ حتى يرضى.

رابعاً: أنه يمكن من أراد عدم التعويض عن هذه الهبة ألا يقبلها، لاسيما إذا كانت ممن يعرف منه إرادته للإثابة عليها، كالفقير يهدي للغني، ونحوه.

وإذا تقرر أن الهبة تقتضي الثواب، فإن الموهوب له بالخيار إن شاء قبلها، وإن شاء ردها، فإن قبلها، ولم يثب عليها، ولم تتغير، فإن الواهب له أن يرجع فيها، كما أن الموهوب لا يجبر على التعويض إذا لم تتغير، فإن تغيرت الهبة لزم الموهوب قيمتها، إلا أن يرضى الواهب بما هو أقل من تلك القيمة[1].

---

(١) الكافي لابن عبد البر٢/١٠٠٦، الذخيرة ٦/ ٢٧٢.

المقصد الخامس: العارية

تعريف العارية:

في اللغة: مأخوذة من: أعار، يعير، إعارة، وعارة، وهي تدل على التداول في الشيء، يقال: تعاوروا الشيء، إذا تداولوه، وتعوَّر، واستعار، أي طلب العارية، واستعاره الشيء، واستعاره منه، إذا طلب منه أن يعيره إياه، فالعارية اسم من المصدر الإعارة، وقد قيل: إنها سميت بذلك؛ لأنها عار على صاحبها، أو أنها مأخوذة من عار الفرس، إذا ذهب من مالكه؛ لخروج العارية من يد مالكها[١].

وفي الاصطلاح: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال[٢].

وقد ذكر الفقهاء بأن سبب تسميتها أنها تجردت عن العوض، وبينوا أن ما ذكره أهل اللغة من أن العارية مأخوذة من العار، معترض عليه بفعله ﷺ حيث استعار، ولو كان عاراً، لما فعله عليه الصلاة السلام[٣].

أحوال العارية:

الإعارة من الأمور التي ندب إلى فعلها، إذ هي من البر والتقوى، والتعاون على ذلك مأمور به كما قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]، وقد ذم المولى سبحانه الذي يمنعون المعروف عن الناس فقال تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]، فلم يحسنوا إلى الخلق بإعارة ما ينتفع به، مع بقاء عينه، ورجوعه إليهم، والماعون هو ما يتعاوره الناس بينهم، من متاع البيت، كالقدر، والفأس، قاله ابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهما[٤].

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٤/ ١٨٤، لسان العرب ٤/ ٦١٨، المصباح المنير ١٦٦.

(٢) المغني ٧/ ٣٤٠، ينظر بقية التعاريف: حاشية رد المحتار ٥/ ٦٧٧، المعونة ٢/ ١٢٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٦.

(٣) حاشية رد المحتار ٥/ ٦٧٦، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٦، كشاف القناع ٤/ ٦٢.

(٤) تفسير القرآن العظيم ٨/ ٥١٧ .

والعارية لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون مطلقة غير مقيدة بوقت، كأن يعيره داراً، أو سيارة، أو أداة من أدوات المنزل، ونحوها، دون أن يقيد ذلك بوقت، فهي عارية مطلقة.

الحالة الثانية: أن تكون مقيدة بوقت محدد، كأن يعيره شيئاً لمدة أسبوع واحد، فتكون هذه العارية إلى ذلك الأجل.

وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على جواز هذين النوعين من العارية، ومشروعيتهما[١]. إلا أنهم اختلفوا في صفة العقد فيهما، هل هو لازم، أو غير لازم؟ وذلك على النحو التالي:

لزوم عقد العارية المحددة المدة في جانب المعير:

إذا كانت العارية مؤقتة فإن أهل العلم رحمهم الله متفقون على أنها ليست بلازمة في حق المستعير، وأن من حقه أن يردها قبل الأجل، كما أنه ملزم بالمدة المحددة، لا يجوز له إبقاؤها فوق تلك المدة، وإنما اختلفوا في لزومها في حق المعير على قولين:

القول الأول: أن العارية تكون لازمة في حق المعير، بحيث إن المعير لا يحق له الرجوع فيها، قبل انتهاء المدة المحددة، وهو مذهب المالكية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣]، واختيار الإمام ابن القيم[٤]، والشيخ عبد الرحمن بن سعدي[٥] رحمهم الله.

القول الثاني: أن العارية ليست لازمة، بل هي جائزة في حق كل من المعير،

---

(١) النتف في الفتاوى ٢/٥٨٢، بلغة السالك ٢/٢٠٨، منهاج الطالبين ٢/٣٦٨، المغني ٧/٣٤٩.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٣٤، بلغة السالك ٢/٢٠٨.

(٣) الإنصاف ٦/١٠٤.

(٤) أعلام الموقعين ٣/٣٦٣.

(٥) المختارات الجلية ٩١.

والمستعير، فللمعير أن يرجع في عاريته في أي وقت شاء، وهو مذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(العارية المؤقتة لازمة للمعير) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما النقل فمن الكتاب، والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الله أمر بالوفاء بالعقود، والأمر للوجوب، والعارية المؤقتة من هذه العقود المأمور بالوفاء بها، فدخلت في عموم الآية الكريمة؛ فكانت لازمة.

وأما السنة فحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **(المسلمون على شروطهم)**.

وجه الدلالة: أن هذا العقد تم اشتراط الأجل فيه، فلزم الوفاء به إذ من صفات أهل الإيمان الوفاء بشروطهم.

وأما العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن المعير قد ملّكه المنفعة في مدة، وصارت العين في يده بعقد مباح، فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك، كالمستأجر، والعبد الموصى بخدمته[٤].

---

(١) النتف في الفتاوى ٢/٥٨٢، الهداية ٣/٢٢٠.

(٢) المهذب ١/٣٧٠، روضة الطالبين ٤/٤٣٦.

(٣) المقنع ٢/٢٢٥، كشاف القناع ٤/٦٥.

(٤) المغني ٧/٣٥٠.

الوجه الثاني: أن المدة قد صارت حقا للمستعير، فلم يكن للمعير الرجوع فيها، كما أنه ليس له الرجوع في الهبة.[١]

دليل القول الثاني:

(العارية المؤقتة غير لازمة للمعير) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده[٢].

الوجه الثاني: أن لزوم عقد الإعارة يخرجها عن حكم العارية إلى حكم الإجارة، ولو جاز أن يختلف حكمها بتقدير المدة في حق المعير، لاختلف في حق المستعير[٣].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم العارية المؤقتة، في حق المعير؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل، فيجاب عنه من وجهين:

الأول: أن هذا قياس، ولا قياس مع النص.

الثاني: أن حكم الإعارة اختلف هنا بتقدير المدة في حق المعير؛ لأنه أقر باشتراط المدة، فلزمه أن يفي بها.

لزوم عقد العارية الغير محددة المدة في جانب المعير:

إذا كانت العارية مطلقة، فإنه لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أنها عقد جائز في حق المستعير، كما نقل ذلك الإمام الموفق ابن قدامة حيث يقول: «يجوز للمستعير الرد متى شاء؛ بغير خلاف نعلمه»[٤]اهـ.

---

(١) المعونة ٢/١٢١٠.

(٢) المغني ٧/٣٠٥.

(٣) الحاوي الكبير ٧/١١٨.

(٤) المغني ٧/٣٥٠.

أما في حق المعير فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم العقد في جانبه على قولين:

القول الأول: أن العارية تلزم المعير، فلا يحق له الرجوع، إلا بعد أن ينتفع المستعير بها، الانتفاع المعتاد، وهو مذهب المالكية في المشهور[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن العارية جائزة في حق المعير، فله أن يرجع فيها، وهو مذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وقول عند المالكية[٦]. رحمهم الله.

والقائلون بهذا القول اختلفوا، فيما إذا ترتب على رجوع المعير ضرر على المستعير، هل عليه شيء أو لا، وذلك كما في حال البناء والغراس، فقال الإمام زفر رحمه الله: (لاشيء عليه)و هو احتمال ذكره الإمام الموفق ابن قدامة، وقال جمهورهم: له أن يخرجه إذا ضمن له قيمة البناء، والغرس.[٧]

الأدلة:

دليل القول الأول:

(العارية لازمة في حق المعير قدر العادة) استدلوا بالعقل فقالوا:

العارية هبة المنافع، ولو جاز له الرجوع قبل أن ينتفع المستعير بها الانتفاع المعتاد، لكان رجوعاً في العارية، وقد جعل على نفسه إباحة المنفعة، وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن للمعير إبطاله عليه[٨].

---

(١) المعونة ٢/١٢١٠، بداية المجتهد ٥/٣٢٢، عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٣٤.

(٢) الإنصاف ٦/١٠٤.

(٣) النتف في الفتاوى ٢/٥٨٢، بدائع الصنائع ٦/٢١٦.

(٤) المهذب ١/٣٧٠، الحاوي الكبير ٧/١١٨.

(٥) المغني ٧/٣٥٠، المقنع ٢/٢٢٥، كشاف القناع ٤/٦٥.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٣٥، حاشية الدسوقي ٣/٤٣٩.

(٧) النتف في الفتاوى ٢/٥٨٢، المهذب ١/٣٧١، المغني ٧/٣٥١، ٣٥٤.

(٨) المعونة ٢/١٢١٠.

دليل القول الثاني:

(العارية جائزة في حق المعير) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: العارية عقد إرفاق، ومعونة، فهي لا يقابلها عوض، فلا تكون لازمة؛ لأن الملك فيها غير مقابل بعوض، فلا يكون العقد لازماً، كالهبة[1].

الوجه الثاني: أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده.[2]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد العارية غير المؤقتة، في حق المعير، بحيث يلزمه أن يبقي العارية في يد المستعير، مدة زمنية ينتفع بها الانتفاع المعتاد؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بقياسها على الهبة، فيجاب عنه بأنه لا يسلم بأن الهبة غير لازمة، وكون العارية إرفاقاً، ومعونةً لا يقتضي ذلك الرجوع فيها قبل الانتفاع المعتاد، وإلا فإنه لم يحصل منه رفق، ومعونة، وقد التزم بهما بموجب العقد.

ثالثاً: أما استدلالهم بقياس مسألتنا على مسألة عدم حصول العين فيجاب بأنه قياس مع الفارق؛ لأن مسألتنا مكن فيها المعير المستعير مع سبق الإذن، والرضى فلزمه ما التزم به بخلاف ما إذا لم يحصل شيء من ذلك حيث لا التزام أصلاً.

وبهذا يتضح أن عقد العارية من العقود التي تلزم أحد الطرفين، دون الآخر، فهي لازمة في حق المعير، دون المستعير، سواء كانت العارية مؤقتة، أو كانت مطلقة.

---

(١) المهذب ١/٣٧٠، بدائع الصنائع ٦/٢١٦.

(٢) المغني ٧/٣٥٠.

إذا تقرر ذلك فإنه يرد السؤال متى يكون عقد العارية لازماً للمعير بمجرد العقد، أو بالقبض؟.

وقت لزوم العارية في حق المعير:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في الوقت الذي تلزم فيه العارية في حق المعير على قولين:

القول الأول: أن عقد العارية، عقد لازم في حق المعير إذا قام بتسليم العارية للمستعير، فإذا تم القبض، فإن العقد يصبح بذلك لازماً، وهو قول عند الحنابلة[١] رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد العارية يلزم المعير بالقول، فإذا صدر القول من المعير بالإعارة، وقبلها المستعير، فقد لزمت، وهو مذهب المالكية[٢]، رحمهم الله.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بلزوم العارية بالقبض، وأما قبله فليست بلازمة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: تشابه العارية، والقرض، وقد سبق أن القرض لا يلزم إلا بالقبض لعدة أوجه سبق ذكرها، ووجه الشبه بينهما كون العارية، والقرض من عقود الإرفاق، والإعانة.

ثانياً: عدم وجود الضرر في الرجوع قبل الإقباض، أما بعد قبضها، وقبل الانتفاع بها، فإن احتمال الضرر هنا آكد، ولذا قلنا بلزومها بعد القبض، لا قبله.

ثالثاً: ما ذكره أهل العلم رحمهم الله، من أن المستعير له أن يرهن العارية، إذا استعارها للرهن[٣]، مما يدل على ملكه للمنافع ولا يمكن ذلك إلا بالقبض.

---

(١) الإنصاف ٦/١٠٤.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٣٤.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٨٠، بدائع الصنائع ٦/١٣٥.

بهذا يتبين أن عقد العارية يعتبر من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم بالقبض، وأن هذا اللزوم متعلق بطرف واحد وهو المعير، وأما المستعير فإن العارية في حقه جائزة حالاً، ومآلاً سواء قبل القبض، أو بعده والله أعلم.

المقصد السادس: المسابقة

تعريف المسابقة:

في اللغة: مفاعلة من السبْق، وهي مأخوذة من: سبق، يسبق، سبقًا، والسبْق بسكون الباء: القُدمة في الجري وفي كل شيء، تقول: له في كل أمر سُبْقَة، وسابقة، وسبْق، إذا سبق الناس في كل أموره، وأما السبَق بفتح الباء فهو الجُعل الذي يكون في المسابقة[1].

وفي الاصطلاح: المجاراة بين حيوان ونحوه[2].

أنواع المسابقة:

تتنوع المسابقة من حيث وجود العوض فيها إلى نوعين:

النوع الأول: المسابقة بغير عوض: وفي هذا النوع يتم التسابق بين متسابقين، أو أكثر دون أن يكون هناك عوض يناله السابق، وإنما يقصد من هذه المسابقة التدرب.

النوع الثاني: المسابقة بعوض: وفي هذا النوع يكون العوض مدفوعاً من أحد المتسابقين، أو غيرهم، يحصل عليه من سبق منهم.

المسابقة بغير عوض عقد جائز للطرفين:

إذا كانت المسابقة بين طرفين، أو أكثر من غير عوض، فإنها تكون من العقود الجائزة لكل من العاقدين فيكون لهما حق الفسخ، لأن العقد هنا لا تقصد منه

---

(١) معجم مقاييس اللغة ١٢٩/٣، لسان العرب ١٥١/١٠، المصباح المنير ١٠١.

(٢) الإقناع ٣٢١/٢، كشاف القناع ٤٧/٤.

معاوضة، وإنما يقصد منه التدرب، ولا ضرر على أحدهما في فسخ العقد، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله، [١]

المسابقة بعوض عقد جائز يؤول إلى اللزوم في جانب المسبوق:

إذا كان عقد المسابقة قد تم على أن يكون للفائز عوض يأخذه، سواء بذل من أحد العاقدين، أو من غيرهما، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزومه على قولين:

القول الأول: أن عقد المسابقة عقد جائز، وهو مذهب الحنفية[٢]، وقول عند الشافعية[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن عقد المسابقة عقد لازم، وهو مذهب المالكية[٥]، والأظهر عند الشافعية[٦]، وقول لبعض الحنابلة[٧]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(المسابقة عقد جائز) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١) حاشية رد المحتار ٦/٤٠٢، عقد الجواهر الثمينة ١/٥٠٩، حاشية الدسوقي٢/٢١١، الحاوي الكبير ١٥/١٨٣، نهاية المحتاج ٨/١٦٦، كشاف القناع ٤/٥٢.

(٢) بدر المتقى في شرح الملتقى ٢/٥٤٩، حاشية رد المحتار ٦/٤٠٢.

(٣) روضة الطالبين ١٠/٣٦١، نهاية المحتاج ٨/١٦٦.

(٤) المغني ١٣/٤٠٩، الإنصاف ٦/٩٤.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ١/٥٠٩، الخرشي على مختصر خليل ٣/١٥٧.

(٦) روضة الطالبين ١/٣٦١، مغني المحتاج ٤/٣٩٥، من الشافعية من أطلق القولين كما في الحاوي الكبير، ومنهم من قال: إن القولين فيما إذا أخرجا العوض جميعاً أما إذا أخرجه أحدهما أو غيرهما فجائز قطعاً، ومنهم من قال: إن القولين فيمن التزم المال، فأما من لم يلتزم شيئاً فجائز في حقه قطعاً، روضة الطالبين ١٠/٣٦١، نهاية المحتاج ٨/١٦٦.

(٧) الإنصاف ٦/٩٤.

الوجه الأول: أن ما صح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه، كان من العقود الجائزة، دون اللازمة كالجعالة[١].

الوجه الثاني: أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً كالجعالة، وإطلاق العوض في السبق، والرمي لا يوجب التعجيل، فوجب أن يكون جائزاً لا لازماً[٢].

دليل القول الثاني:

(المسابقة عقد لازم) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن المسابقة عقد، ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض، والمعوض فوجب أن يكون لازماً كالإجارة طرداً، والجعالة عكساً[٣].

فالمسابقة تقاس على الإجارة قياس طرد بجامع أن كلاً منهما يشترط فيه أن يكون العوض، والمعوض معلوماً، فكانت المسابقة لازمة كالإجارة.

وتقاس المسابقة قياس عكس على الجعالة، ففيها لا يشترط أن يكون المعوض معلوماً، وهي غير لازمة، أما المسابقة يشترط فيها العلم فكانت لازمة، فالمسابقة على عكس الجعالة.

الوجه الثاني: أن ما أفضى إلى إبطال المعقود بالعقد، كان ممنوعاً منه في العقد، وبقاء خياره فيه مفضٍ إلى إبطال المقصود به؛ لأنه إذا توجه السبق على أحدهما فسخ، فلم يتوصل إلى سبق، ولم يستحق فيه عوض، والعقد موضوع لاستقراره، واستحقاقه، فنافاه الجواز، وضاهاه اللزوم[٤].

---

(١) الحاوي الكبير ١٥/١٨٤، المغني ١٣/٤٠٩، الفروسية ٣٥٠، مغني المحتاج ٤/٣٩٥.

(٢) الحاوي الكبير ١٥/١٨٤.

(٣) الحاوي الكبير ١٥/١٨٤، ينظر عقد الجواهر الثمنية ١/٥٠٩.

(٤) الحاوي الكبير ١٥/١٨٤.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن عقد المسابقة من العقود الجائزة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني في الوجه الأول، فيقال: إن المسابقة ليست كالإجارة، وقد بين الإمام ابن قيم رحمه الله أوجه الفرق بينهما من عشرة وجوه، منها:

الأول: أن عقد الإجارة لا يفتقر إلى محلل، والمسابقة تفتقر إليه في بعض صورها.

الثاني: أن الأجير إذا لم يوف العمل؛ لم يلزمه غرم، والمراهن إذا لم يجئ سابقاً غرم ماله إذا كان مخرجاً.

الثالث: أن الأجير إما مختص، وإما مشترك، وهذا ليس واحداً منهما، فإنه ليس في ذمته عمل يلزمه الوفاء به، ولا يلزمه تسليم نفسه إلى العاقد معه.

الرابع: أن الأجير له أن يستنيب في العمل من يقوم مقامه، ويستحق الأجرة، وليس ذلك للمسابق.

الخامس: أن الأجير يحرص على أن يوفي المستأجر غرضه، والمراهن أحرص شيء على ضد غرض مراهنه، وهو أن يغلبه، ويأكل ماله.[1]

ثالثاً: أما استدلالهم في الوجه الثاني فيقال: إن هذا متحقق بعد شروعهما في المسابقة، وظهور الفضل لأحدهما، وفي هذه الحالة يكون العقد لازماً في حق المفضول.

إذا تقرر أن عقد المسابقة من العقود الجائزة، فإنه بعد شروعهما في المسابقة وظهور الفضل لأحدهما، فهل يبقى العقد على جوازه لكلا الطرفين أم أنه ينقلب لازماً في جانب المفضول وحده ؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

---

(١) الفروسية ٣٤٤.

القول الأول: أن عقد المسابقة في مثل هذه الحالة يكون لازماً في حق المسبوق، وهو مذهب الحنابلة[١]، وقول للشافعية[٢]، رحمهم الله، مع أن المالكية رحمهم الله ومن يقول باللزوم يرون لزومه بناء على أصلهم في عقد المسابقة.

القول الثاني: أن عقد المسابقة يبقى على جوازه، وهو الأصح عند الشافعية[٣]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يكون بعد الشروع وظهور الفضل لأحدهما لازماً في حق المفضول) استدلوا بالعقل فقالوا: لو قلنا بجواز الفسخ، لم يسبق أحدٌ أحداً؛ لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب، فسخ، أو طلب الزيادة، فيبطل المقصود من المسابقة[٤].

دليل القول الثاني:

(أنه يبقى على الجواز ولا يلزم) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المسابقة عقد جائز، فملك كل منهما الفسخ، أو الزيادة فيه.[٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم المسابقة في حق المفضول بعد الشروع، وظهور الفضل لأحدهما؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

---

(١) المغني ١٣/٤٠٩، كشاف القناع ٤/٥٣.

(٢) المهذب ١/٤٢٠، روضة الطالبين ١٠/٣٦١.

(٣) المهذب ١/٤٢٠.

(٤) المهذب ١/٤٢٠، المغني ١٣/٤٠٩.

(٥) المهذب ١/٤٢٠.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب عنه: بأن جواز عقد المسابقة في الأصل لا يمنع من أن ينقلب لازماً بعد ظهور أحد المتسابقين كما في الجعالة بعد الشروع.

وبهذا يظهر أن المسابقة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في جانب طرف واحد وهو المسبوق، دون السابق، فالعقد لازم في حق المفضول، دون الفاضل، فالمفضول لا يحق له الفسخ؛ لأن العقد أصبح لازماً في جانبه، أما الفاضل فله أن يفسخ؛ فالعقد جائز في جانبه؛ فإذا أسقط حقه سقط[1].

المقصد السابع: الوصية:

تعريف الوصية:

في اللغة: مأخوذة من: وصي، يقال: وصَيْت الشيء بالشيء أصيه، إذا وصلته، ويقال: وصَّيت إلى فلان توصية، وأوصيت إليه إيصاء، إذا عهد إليه.[2]

وفي الاصطلاح: هي الأمر بالتصرف بعد الموت.[3]

الوصية في حق الموصي في حياته عقد جائز:

شرع الله تعالى الوصية، وشرع الرجوع فيها لطفاً بالعباد، وتقوية لعزمهم على الوصية، وتكثيراً لها، فلو كان الرجوع ممتنعاً لكان في ذلك ضيق، وحرج، ولقلت الوصايا، ولكن الشرع أذن بالرجوع تخفيفاً، وتيسيراً على العباد، وحتى يتمكن الموصي من التغيير، والتبديل حينما تتغير الأحوال، وتتبدل، فيتمكن من تحقيق المصالح، وتلافي المفاسد، ودرئها[4].

---

(١) المهذب ١/٤٢٠، المغني ١٣/٤٠٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٦/١١٦، لسان العرب ١٥/٣٩٤، المصباح المنير ٢٥٤.

(٣) المقنع ٢/٥٤، ينظر بقية التعاريف: بدائع الصنائع ٧/٣٣٣، حاشية الدسوقي ٤/٤٢٣، مغني المحتاج ٣/٤٩.

(٤) الذخيرة ٧/١٤٦.

ولذا فقد أجمع أهل العلم رحمهم الله على أن الوصية في حياة الموصي تعتبر جائزة في حقه، فله الرجوع فيها، سواء كان ذلك لسبب يقتضي رجوعه عنها، أو لم يكن هناك سبب يقتضيه، وقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على أن للموصي الرجوع غير واحد من أهل العلم[١].

وقد صرح كثير من أهل العلم رحمهم الله بجواز رجوع الموصي في وصيته معللين ذلك، بأن الوصية فيها شبه بالهبات قبل القبض [٢].

فالوصية لا تخرج عن ملك الموصي مادام على قيد الحياة، فله أن يتصرف فيها بما يشاء، فهي بمثابة الهبة إذا لم يقبضها الموهوب فهي إذاً جائزة في حقه إلى وفاته.

الوصية في حق الموصي بعد موته عقد لازم:

ما تقدم هو قبل موت الموصي، أما إذا مات الموصي، فإن الوصية تكون لازمة في حقه، فليس لورثته إلا القيام بتنفيذها على وفق مراده، إذا كانت على الصفة الشرعية.

إن وصف الوصية في حق الموصي بعد الموت بأنها لازمة، هو مما اتفق عليه أهل العلم رحمهم الله، فإنهم يذكرون الرجوع في الوصية مقيداً بحال الحياة.[٣]

فالموصي إذا توفي وثبتت وصيته بشهادة، أو إقرار من الورثة، ولم يثبت رجوعه عنها، فإنها واجبة التنفيذ من قبل الورثة.

الوصية في حق الوصي جائزة:

قبول الوصي للوصية لا يخلو من إحدى ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يقبل بالوصية في حياة الموصي، ثم يردها في حياته: فالجمهور

---

(١) بداية المجتهد ٥/٣٨٣، المغني ٨/٤٦٨.

(٢) الهداية ٤/٢٣٥، بدائع الصنائع ٧/٣٧٨، الحاوي الكبير ٨/٣٠٩، مغني المحتاج ٣/٦٨.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٣٧٨، عقد الجواهر الثمينة ٣/٤٣١، منهاج الطالبين ٣/٦٧، شرح منتهى الإرادات ٥/٥٤٣.

من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، رحمهم الله[٥]، على أن الوصي له أن يرجع في قبوله للوصية، إذا كان ذلك في حياة الموصي، مستدلين بأن الوصاية تصرف بالإذن، فكان للموصي عزل نفسه كالوكيل[٦].

فالوصي مخير إن شاء بقي على قبوله، وإن شاء رجع عنه ما دام ذلك في حياة الموصي، إلا أن الحنفية، ورواية عند الحنابلة، رحمهم الله يشترطون أن يكون ذلك بعلمه كما اشترطوا ذلك في عزل الوكيل نفسه.

الحالة الثانية: أن يقبل بالوصية في حياة الموصي ثم يردها بعد موته:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه الحالة هل يحق للوصي أن يرجع في قبوله للوصاية بعد موت الموصي على قولين:

القول الأول: أن الوصي ليس له الرجوع بعد قبوله للوصاية إذا مات الموصي، وهو مذهب الحنفية[٧]، والمالكية[٨]، ورواية عند الحنابلة[٩]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الوصي له الرجوع عن القبول بعد موت الموصي، وهو مذهب الشافعية[١٠]، والحنابلة في المشهور[١١]، رحمهم الله.

---

(١) تنوير الأبصار ٦/٧٠٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٣/٤٣١، الخرشي على مختصر خليل٤/١٩٥.

(٣) الحاوي الكبير ٨/٢٧٥.

(٤) المغني ٨/٥٥٧.

(٥) وقد خالفهم طائفة من المالكية فقالوا بعدم الرجوع إلا لعذر، عقد الجواهر الثمينة ٣/٤٣١.

(٦) المغني ٨/٥٥٧.

(٧) المبسوط ٢٧/٢٣.

(٨) المدونة ٤/٢٨٧، الذخيرة ٧/١٦٨.

(٩) المغني ٨/٥٥٧.

(١٠) الحاوي الكبير ٨/٢٧٥، روضة الطالبين ٦/٣٢٠.

(١١) المغني ٨/٥٥٧، الإنصاف ٧/٢٩٣.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(ليس له الرجوع بعد موت الموصي) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أنه بقبوله الوصاية، ثم رجوعه عنها بعد موته، يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموصي إذ بقبوله ذلك ترك النظر، والإيصاء إلى الغير، اعتماداً على قبوله بالوصاية، والضرر مدفوع.

الوجه الثاني: أن في ذلك التصرف تغريراً بالموصي، فإنه بقبوله ثم رجوعه يصير كالغار له، والغرر محرم.[1]

دليل القول الثاني:

(له الرجوع بعد موت الموصي) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن ما كان لازماً من العقود، استوى حكمه في الحياة وبعد الموت، وما كان غير لازم بطل بالموت، والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلاً يفتقر إلى دليل.[2]

الوجه الثاني: أنه متصرف بالإذن، فكان له عزل نفسه كالوكيل[3].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم جواز الرجوع عن الوصاية؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من دليل العقل في الوجه الأول فيجاب بأن الدليل على إخراج الوصية من هذا الأصل هو وجود حاجة الموصي للرجوع عن

---

(١) المبسوط ٢٧/٢٣.

(٢) الحاوي الكبير ٨/٢٧٥.

(٣) المغني ٨/٥٥٧.

الوصية قبل موته ؛ لاحتمال تغير الحال الموجب لتغيير الوصية ، كما لو مات صغيره ، أو بلغ ، ونحو ذلك من تغير أحوال ماله ، وولده ، وأهله ، فصح له الرجوع ، ولم تلزمه الوصية تداركاً لمثل هذه الأحوال الطارئة ، وأما الوصي فقد التزم بالوصية ، وقبلها ، وهي معلقة على موت الموصي فلزمته إعمالاً للأصل من لزوم العقود.

ثالثاً: أما استدلالهم من العقل في الوجه الثاني فيجاب بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الوكيل إذا عزل نفسه قام الأصيل مقامه ، بخلاف الوصية ، فصح الرجوع عن الوكالة إذ لا ضرر ، ولم يصح في الوصية دفعاً للضرر.

الحالة الثالثة: أن يقبل بالوصاية بعد موت الموصي فهل له الرجوع عنها:

إذا قبل بالوصاية بعد موت الموصي ، ثم بدا له أن يرجع في قبوله ، فقد اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول: أن له الرجوع في قبوله ، وهو مذهب الشافعية[١] ، والحنابلة[٢] ، وقول بعض المالكية[٣] ، رحمهم الله.

القول الثاني: ليس له الرجوع في قبوله ، وهو مذهب الحنفية[٤] ، وبعض المالكية[٥] ، ورواية عند الحنابلة[٦] ، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(له الرجوع) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١) الحاوي الكبير ٢٧٥/٨ ، روضة الطالبين ٣٢٠/٦ ، مغني المحتاج ٩٩/٣.

(٢) المغني ٥٥٧/٨ ، الإنصاف ٢٩٣/٧.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٤٣١/٣.

(٤) المبسوط ٢٤/٢٨.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٤٣١/٣ ، الخرشي على مختصر خليل ١٩٥/٤.

(٦) الإنصاف ٢٩٣/٧.

الوجه الأول: أن ما كان لازماً من العقود، استوى حكمه في الحياة وبعد الموت، وما كان غير لازم بطل بالموت، والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلاً يفتقر إلى دليل[1].

الوجه الثاني: أنه متصرف بالإذن، فكان له عزل نفسه كالوكيل[2].

دليل القول الثاني:

(ليس له الرجوع) استدلوا بالعقل فقالوا: إن قبوله لها بمنزلة ما لو قبلها في حياته بل أولى؛ لأن أوان ولايته بعد الموت، فالقبول في هذه الحالة يكون ألزم منه قبل أوانه[3].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله أن له الرجوع في قبوله؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق ووجهه أن في قبول الوصي للوصية في حياة الموصي ثم الرجوع بعد موته غرراً بالموصي، وأما قبوله بعد موته فإن الغرر منتف، فلا يقاس أحدهما على الآخر.

ثالثاً: أن الموصي قد فرط في أخذ إذن الوصي قبل موته، فكان باستطاعة الموصي أن يخبر الوصي بذلك فإن شاء قبل، أو رد ما دام الموصي حياً.

وبهذا يتضح أن الوصية في حق الوصي جائزة تؤول إلى اللزوم في حالة واحدة، وهي ما إذا قبلها في حياة الموصي، ولم يرجع عن ذلك القبول حتى توفي الموصي، أما ما عدا هذه الحالة فله أن يقيم عليها، وله أن يتركها، وإن كان ذلك ليس على إطلاقه، بل يكون بعلم الموصي.

---

(١) الحاوي الكبير ٢٧٥/٨.

(٢) المغني ٥٥٧/٨.

(٣) المبسوط ٢٤/٢٨.

الوصية في حق الموصى له جائزة:

إذا كان الموصى له واحداً معيناً، أو جمعاً محصوراً، فحصل منه قبول الوصية بعد وفاة الموصي، وأراد الرجوع في هذا القبول للوصية، فلا يخلو رجوعه من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الرجوع بعد القبض:

إذا قبل الموصى له الوصية، وقبضها، ثم أراد الرجوع فيها، فقد اختلف في صحة رجوعه على قولين:

القول الأول: يصح رجوعه إذا قبل ذلك ورثة الموصي، أو أحدهم، وهو مذهب الحنفية[١]، رحمهم الله.

القول الثاني: أنه لا يصح رجوعه في قبوله، وهو مذهب الشافعية،[٢] والحنابلة،[٣] رحمهم الله.

دليل القول الأول:

(يصح رجوعه) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الرد على ورثة الموصي فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحاً إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامة.[٤]

دليل القول الثاني:

(لا يصح رجوعه) استدلوا بالعقل فقالوا: إن ملك الموصى له قد استقر على الوصية، فأشبه رده لسائر ملكه[٥].

---

(١) المصدر السابق ٤٧/٢٨، ٤٩.

(٢) المهذب ٤٥٩/١، الحاوي الكبير ٢٦٢/٨.

(٣) المغني ٤١٥/٨، الإنصاف ٢٠٥/٧.

(٤) المبسوط ٤٧/٢٨.

(٥) المغني ٤١٥/٨، الإنصاف ٢٠٥/٧.

الحالة الثانية: أن يكون الرجوع قبل القبض:

إذا أراد الموصى لـه رد الوصية، وكـان قبل قبضه للوصية، فقد اختلف في صحة رجوعه على ثلاثة أقوال:

القـول الأول: يصـح الرجوع مطلقـاً، في المكيل، أو الموزون، أو غيرهما، وهو مذهب الحنفية[١]، ووجه عند الشافعية[٢]، وبعض الحنابلة[٣]، رحمهم الله.

القـول الثاني: لا يصـح أن يرجع في قبوله، وهو وجه عند الشافعية[٤]، والحنابلة في المشهور[٥]، رحمهم الله.

القـول الثالـث: التفريق بين المكيل؛ والموزون، وغيرها، فلا يصح الرجوع في غيرهما ويصح فيهما وهو الذي جزم به الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله[٦].

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يصـح الرد مطلقاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الوصية تمليك من جهة الآدمي من غير بدل، فصح رده قبل القبض، كالوقف[٧].

دليل القول الثاني

(لا يصـح الرد) استدلوا بـالعقل فقـالوا: إن الموصى لـه قد ملك الموصى به ملكاً تاماً، فلم يصح رده؛ كما لو قبضه[٨].

---

(١) المبسوط ٢٧/٤٩.

(٢) المهذب ١/٤٥٩.

(٣) الإنصاف ٧/٢٠٥.

(٤) المهذب ١/٤٥٩، الحاوي الكبير ٨/٢٦٢.

(٥) الإنصاف ٧/٢٠٥.

(٦) المغني ٨/٤١٥.

(٧) المهذب ١/٤٥٩.

(٨) المصدر السابق.

دليل القول الثالث:

(يصح الرجوع في المكيل والموزون دون غيرهما) استدلوا بالعقل فقالوا: إن ملكه في المكيل، والموزون لا يستقر إلا بالقبض[١].

الترجيح:

والذي يترجح والعلم عند الله، هو القول بجواز رجوع الموصى له بعد قبوله للوصية قبل القبض، وبعده، ذلك لأن الوصية من عقود التبرعات، وفي رد الموصى له الوصية إحسان إلى ورثة الموصي، إذا كان له ورثة؛ ولأنه لا يجبر على قبولها.

ويستخلص مما سبق أن عقد الوصية يختلف وصفه باللزوم، وعدمه باعتبار النظر إلى الموصوف:

فالعقد في جانب الموصي يعتبر عقداً جائزاً يؤول إلى اللزوم، إذ هو في حال حياته له الحق في الرجوع، أما بعد وفاته فإنه يصبح لازماً، فليس لورثته إبطال وصيته، إلا أن تكون مخالفة للشرع، فلهذا وصف بالجواز الذي يؤول إلى اللزوم.

وأما في جانب الوصي: فإنه عقد جائز في حقه، ويؤول إلى اللزوم إذا مات الموصي، وكان الوصي قبلها في حياة الموصي، وأما ما عدا ذلك فهي جائزة في حقه، فله الرجوع في قبول الوصاية، والاستمرار عليها.

وأما في جانب الموصى له: فهو عقد جائز، حتى بعد قبول، وقبضه لما وُصيّ به.

---

(١) المغني ٨/٤١٥.



المبحث الرابع

العقد الجائز لكلا الطرفين

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الشركة

تعريف الشركة:

في اللغة: مأخوذة من: شرك، وهي الشيء يكون بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، يقال شاركتُ فلاناً في الشيء إذا صرت شريكه، وأشركت فلاناً: إذا جعلته شريكاً لك[١].

وفي الاصطلاح: هي الاجتماع في استحقاق، أو تصرف[٢].

الشركة عقد جائز للطرفين :

ذهب الجمهور من أهل العلم رحمهم الله إلى أن عقد الشركة جائز للطرفين جميعاً[٣].

مستدلين بأن الشركة يتصرف كل واحد منهما في نصيب صاحبه بموجب تفويض صاحبه له، فتكون كالوكالة، والوكالة عقد جائز فكذا الشركة[٤].

إلا أن المالكية رحمهم الله خالفوا في ذلك فقالوا: إن عقد الشركة عقد لازم للطرفين[٥].

---

(١) معجم مقاييس اللغة٣/٢٦٥، لسان العرب١٠/٤٤٨، المصباح المنير ١١٨.

(٢) المغني ٧/١٠٩، ينظر بقية التعاريف: حاشية رد المحتار ٤/٢٩٩، بلغة السالك ٢/١٦٥، نهاية المحتاج ٥/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٦/٧٧، حاشية رد المحتار ٤/٣٢٧، المقدمات ٣/٤٢، الذخيرة ٨/٥٠، بداية المجتهد ٥/١٩٤، روضة الطالبين ٤/٢٨٣، بيجرمي على الخطيب ٣/٣٣١، المغني ٧/١٣١، كشاف القناع ٣/٥٠٧.

(٤) الحاوي الكبير ٦/٤٨٣.

(٥) حاشية الدسوقي٣/٣٥١.

ولم يذكروا فيما اطلعت عليه دليلاً لهم على لزوم عقد الشركة للطرفين، والذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الشركة من العقود الجائزة للطرفين؛ لما تقدم من أن عقد الشركة يجري عليه حكم الوكالة في تصرف كل واحد منهما في حق شريكه، ولأن القول الآخر لم يذكر تعليلاً للقول بلزوم العقد، ولأن أصحاب هذا القول قالوا: بأن الشركة تنقطع بالموت، ولو كانت لازمة لما انقطعت بالموت كشأن العقود اللازمة، فدلت هذه الأمور على أن القول بأن الشركة من العقود الجائزة هو الراجح.

المطلب الثاني

الوكالة

تعريف الوكالة:

في اللغة: الوكالة مأخوذة من وكل ووكّل، يقال: وكلت الأمر إليه وكلاً، إذا فوضته، كما يقال: وكّلته توكيلاً فتوكل، إذا قبل الوكالة، وهي بفتح الواو، وقد ورد كسرها في لغة، وسمي الوكيل؛ لأنه يوكل إليه الأمر.[1]

وفي الاصطلاح: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة.[2]

الوكالة عقد جائز للطرفين:

تقدم بأن الوكالة إذا كانت عن طريق الإجارة فإنها تعتبر لازمة للطرفين لأنها تأخذ حكمها أما إذا كانت الوكالة بغير أجرة، ولا جعل، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزومها، وجوازها على قولين:

القول الأول: أن عقد الوكالة جائز للطرفين، فلكل منهما ترك العقد متى شاء،

---

(١) معجم مقاييس اللغة ١٣٦/٦، لسان العرب ٧٣٤/١١، المصباح المنير ٢٥٧.

(٢) الروض المربع ٢٠٥/٢، ينظر بقية التعاريف: حاشية رد المحتار ٥١٠/٥، بلغة السالك ١٨١/٢، مغني المحتاج ٢٩٤/٢.

وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] رحمهم الله .

القول الثاني: أن عقد الوكالة لازم في جانب الوكيل، جائز في جانب الموكل، وهو قول لبعض المالكية[٥]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الوكالة جائزة من الطرفين) استدلوا بالعقل من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن الوكالة عقد إرفاق، ومعونة، وذلك يناسب الجواز لا اللزوم[٦].

الوجه الثاني: أن الوكالة إذن في التصرف، فكان لكل منهما إبطاله، كما لو أذن في أكل طعامه[٧].

الوجه الثالث: الوكالة من جهة الوكيل بذل نفع، وهو غير لازم، فكانت الوكالة جائزة.[٨]

دليل القول الثاني:

(الوكالة لازمة في جانب الوكيل) استدلوا بالعقل فقالوا: بقياس الوكالة على الهبة، فكما أن الهبة لازمة وإن لم تقبض، فكذلك الوكالة[٩].

---

(١) بدائع الصنائع ٣٧/٦، البحر الرائق ١٨٧/٧.

(٢) المعونة ١٢٤٢/٢، عقد الجواهر الثمينة ٦٨٨/٢.

(٣) الحاوي الكبير ٥١١/٦، مغني المحتاج ٣١٣/٢.

(٤) المقنع ١٥١/٣، كشاف القناع ٤٦٨/٣.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٦٨٨/٢، الذخيرة ٩/٨.

(٦) الحاوي الكبير ٥١١/٦.

(٧) المغني ٢٣٤/٧.

(٨) الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٢١٤/٥.

(٩) الذخيرة ٩/٨.

الترجيح :

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الوكالة عقد جائز للطرفين ؛ وذلك لما يأتي :

أولاً : صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً : أن هذا القول مجمع عليه، فقد نقل الإجماع على ذلك، كل من الإمامين القاضي ابن رشد الحفيد، والموفق ابن قدامة رحمهما الله.قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله : «فأما أحكام هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم، للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع»(١)، وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله : «أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ...ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم»(٢).

ثالثاً : أما استدلالهم بالقياس على الهبة فيجاب عنه بجوابين :

الجواب الأول : أنه لا يسلم بأن الهبة تلزم قبل القبض، بل بعده، فبطل بذلك استدلالهم .

الجواب الثاني : أن الهبة تلزم بعد القبض ؛ لورود النص مستثنياً لها بخلاف الوكالة فإنها لم يرد فيها استثناء، فبقيت على حكم الأصل، وهو الجواز.

المطلب الثالث

الوديعة

تعريف الوديعة :

في اللغة : مأخوذة من ودعت الشيء، أدعه، ودعاً، إذا تركته، ومنه قوله تعالى : ﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ ﴾ [الضحى : ٣] ما تركك ربك، ومنه دع أي أترك،

---

(١) بداية المجتهد ٥/ ٢٩٨.

(٢) المغني ٧/ ٢٣٤.

والوديعة فعيلة بمعنى مفعولـه، وأودعت زيداً مالاً، إذا دفعته إليه ليكون عنده وديعة، وجمعها ودائع[١].

وفي الاصطلاح: المال المدفوع لمن يحفظه بلا عوض[٢].

الوديعة عقد جائز للطرفين:

الوديعة من العقود الجائزة لكلا الطرفين المودِع والمودَع، فلكل منهما أن يفسخ الوديعة في أي وقت، بل يجب على المودَع أن يردها لصاحبها إذا طلبها، وهذا بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله .قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها، إذا طلبها، فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة ...»[٣].

فالوديعة إذاً من العقود التي لا تلزم أحد الطرفين، بل لكل واحد منهما أن يفسخها، ويتحلل من عقدها في أي وقت أراد، ولا يحتاج ذلك إلى موافقة الطرف الآخر أو رضاه، أما لو كانت الوديعة بأجر فإنها تكون لازمة، لا لكونها وديعة، وإنما لكونها إجارة، وقد سبق أن الإجارة من العقود اللازمة التي تلزم كلاً من المستأجر والمؤجر.

إذاً العقود التي تكون جائزة للطرفين تنقسم إلى ثلاثة عقود وهي: الشركة والوكالة والوديعة، فلكل من الطرفين الحق في فسخ العقد؛ لوصفه بالجواز.

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٩٦/٦، لسان العرب ٣٨٠/٨، المصباح المنير٢٥٠.

(٢) كشاف القناع ١٦٦/٤.

(٣) المغني٢٦٨/٩، ينظر بدائع الصنائع ٢٠٧/٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم٣٣٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٢٨/٢، الذخيرة ١٤٣/٩، حاشية الدسوقي٤٣٢/٣، الحاوي الكبير٣٥٦/٨، منهاج الطالبين ١١٤/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٢، كشاف القناع ١٦٧/٤.

وبهذا ينتهي هذا الفصل الذي بينت فيه أنواع العقد اللازم سواءً كان اللزوم متعلقاً بالطرفين في الحال والمآل أو في المآل دون الحال، أو كان متعلقاً بطرف واحد، وتتميماً للعقود أوردت العقد الجائز للطرفين، والعقد اللازم بأنواعه له آثار تترتب على لزومه، وهي آثار تختلف بحسب نوع العقد، وهذه الآثار قد خصصت لها الفصل القادم من هذا الباب.

الفصل الثاني

آثار لزوم العقد

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: آثار لزوم العقد في المعاوضات المالية.

المبحث الثاني : آثار لزوم العقد في التوثيق.

المبحث الثالث : آثار لزوم العقد في الإرفاق.

المبحث الرابع : آثار لزوم العقد في النكاح، وفروعه.

المبحث الخامس : آثار لزوم العقد في السير، والجهاد.



المبحث الأول

أثر لزوم العقد في المعاوضات المالية

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

آثار لزوم العقد العامة في المعاوضات المالية

يشتمل هذا المطلب على أربعة مقاصد:

المقصد الأول: نقل الملكية:

إن نقل ملكية المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية هو الغرض الذي يراد من ذلك التعاقد، فإن كلاً من العاقدين حينما يعقد عقد معاوضة، فإنما غايته، ومقصده حصوله على المعقود عليه، وتملكه.فإذا تم العقد فإن المعقود عليه يصبح ملكاً لذلك العاقد يستطيع أن يتصرف فيه بأي وجه من الوجوه الشرعية، ونقل الملكية في عقود المعاوضات المالية يكون تارة للذات، وتارة للمنفعة، وبيان ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نقل ملكية الذات:

يكون نقل الملكية للذات في العقود التي يقصد منها الحصول على عين المعقود عليه لأجل ذاته أولاً، ثم ما يترتب عليه من استحقاق للمنافع، ففي عقد البيع بعد تمامه، ولزومه بين العاقدين، ينتقل ملك العين إلى المشتري الذي قام بدفع ثمنها لذلك البائع، في حين أن هذا البائع يملك الثمن الذي قام بدفعه المشتري.

يقول الإمام الكاساني رحمه الله في بيانه لأحكام البيع والآثار المترتبة عليه: «ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن للحال»[1] فبين رحمه الله أن كلاً من العاقدين يثبت له الملك في ذلك المعقود عليه، البائع يملك الثمن، والمشتري يملك المبيع.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٣.

وبمثل هذا يقال في العقود التي تندرج تحت البيع، لكنها استقلت باسم لها كالصرف والسلم، فعقد الصرف قد اتفق أهل العلم رحمهم الله على اشتراط التقابض فيه في مجلس العقد فلو تفرقا قبل تقابض البدلين بطل العقد، وقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على ذلك الإمام ابن المنذر رحمه الله حيث يقول: «وأجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد»[1] فإذا تم العقد، وتقابضا، فإن كلاً منهما قد ملك ما قبضه من العاقد الآخر، فلا يستطيع أحدهما أن يتصرف فيما قبضه الآخر، لأن ملكيته لذلك الشيء قد زالت، وملك الشيء الذي قبضه عوضاً عنه.

وأما عقد الشفعة فإن الملك ينتقل إلى الشافع بتسليمه الثمن، وأخذه للعين المشفوع فيها، قال الإمام الشيرازي رحمه الله: «ويملك الشفيع الشقص بالأخذ؛ لأنه تملك مال بالقهر، فوقع الملك فيه بالأخذ؛ كتملك المباحات»[2]اهـ.

وأما عقد السلم فإن الثمن يشترط فيه أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد، وأما المسلم فيه فإنه إذا حل وقته، وكان على الصفة المتفق عليها، فإن المُسْلِم يملكه بقبضه، ولا يحق له الرجوع إذا كان على الصفة التي اتفق عليها، وما استلمه المُسْلَم إليه من ثمن في مجلس العقد فإنه يكون ملكاً له كذلك[3].

وأما الصلح فإنه لما قصد منه قطع التنازع كان لكل من الطرفين أن يلزم الآخر، وذلك يقتضي تملك كل واحد منهما ما آل إليه بالصلح، وقد سبق الكلام عن الصلح، وأنه لا يعد عقداً مستقلاً.

---

(١) الإجماع لابن المنذر ١١٨، ينظر بدائع الصنائع ٥/ ٢١٥، بداية المجتهد ٥/ ٧٤، الأم للشافعي ٣/ ٣١، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/ ٥٢٤.

(٢) المهذب ١/ ٣٨٩.

(٣) الاختيار ٢/ ٣٣.

وهكذا الحكم في القسمة، حيث يملك كل واحد من المقتسمين ما آل إليه بالقسمة، ولا يكون في مقدرة أحد الأطراف أخذ ما آل بالقسمة لغيره؛ لزوال الاشتراك عن طريق القسمة الملزمة للأطراف.

وفي هبة الثواب يكون العقد بيعاً إذا كان مشروطاً، وأما إذا لم يكن مشروطاً فقد سبق أن الراجح أنها تقتضي الثواب، ولذا فهي تأخذ حكم البيع فيملك كل واحد من المتعاقدين ما وهب له عوضاً عن هبته بمجرد القبض، كالحال في البيع.

الفرع الثاني: نقل ملكية المنفعة:

يكون نقل ملكية منفعة المعقود عليه في العقود التي يقصد العاقد أن يحصل بها على منفعة العين المعقود عليها، فالعاقدان حينما أبرما مثل هذا العقد فإن كلاً منهما على علم بأن المقصود من هذا العقد الاستفادة من العين دون تملكها، ففي الإجارة إذا وردت على عين كدار مثلاً، فإن المستأجر يملك الانتفاع بها، ويملك المؤجر الأجرة إذا مكنه من الانتفاع من العين، وإذا وردت على منفعة في الذمة، فإن المستأجر كذلك يملك منفعة العامل، والأجير بعد تنفيذه لما في ذمته يستحق أجرة عمله[1].

وقد جاء في كلام أهل العلم رحمهم الله ما يدل على ذلك، حيث نصوا على أن المستأجر له أن يستوفي المنفعة بنفسه، أو بمن هو مثله[2]. وقد جعل الإمام الموصلي رحمه الله الإجارة من أنواع التمليك حيث قسم التمليك إلى نوعين: تمليك عين، وتمليك منافع[3]، ومما يؤكد تملك المنفعة اشتراط أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها[4].

---

(١) مختصر الخرقي ٦٤.

(٢) المهذب ١/٤٠٨، المقنع ٢/٢٠٩.

(٣) الاختيار ٢/٥٠.

(٤) مغني المحتاج ٢/٤٥٤، المقنع ٢/٢٠٢.

وأما في المساقاة، والمزارعة فإن رب الأرض يملك منافع العامل حتى انتهاء العقد، حيث يستحق بذلك الأجرة المتفق عليها، وهي النسبة التي يملكها بموجب قيامه بالسقي، أو الزرع، ولذا فإن العامل لو هرب قبل تمام العمل، أو مات فإن الوارث يقوم مقامه فإن أبى الوارث فإن الحاكم يستأجر من يقوم بالعمل من تركة العامل[١].

فظهر أن عقود المعاوضات من أثر لزوم العقد فيها أن الملك ينتقل من أحد العاقدين إلى الآخر، سواء في العين، أو المنفعة، فانتقال الملك تارة يكون للعين، وتكون المنفعة تابعة لها، كما في البيع، والعقود التابعة له كالصرف، والسلم، وكذلك العقود التي تؤول إلى البيع، كالصلح، والقسمة، والشفعة، وهبة الثواب.

وتارة يكون انتقال الملك للمنفعة فقط كما في الإجارات حيث ينصب العقد فيها على ملكية المنافع دون الأعيان.

وتظهر حكمة الشرع في إثبات الملكية، والإلزام به على هذا الوجه، أن انتقال الملك هو مقصود العاقدين، وقد راعى العدل بين الطرفين؛ فكل منهما يملك كما يملك الطرف الآخر بعد الرضا منهما.

المقصد الثاني: التسليم:

إن التسليم للمعقود عليه يعتبر من الالتزامات التي تنشأ عن لزوم العقد في المعاوضات المالية، فيلزم كل واحد من طرفي العقد وهما الملزِم، والملزَم بتسليم الملزَم به.

فالبائع يسلم للمشتري العين التي اشتراها، كما أن المشتري يسلم للبائع الثمن الذي باعه به، فالتسليم واجب عليهما جميعاً؛ لتحقق الملك لكل منهما في الملزم به.

وفي الإجارة يكون المؤجر ملزماً بتسليم العين المستأجرة لينتفع بها المستأجر، فإذا استوفى النفع منها بأن خلى المؤجر بينه، وبينها لزمه أن يدفع الأجرة مقابل انتفاعه بتلك العين، وهكذا لو كانت الإجارة على عمل، فيلزم الأجير بالعمل، والمستأجر بالأجرة،

---

(١) الاختيار ٧٧/٣، عقد الجواهر الثمينة ٨٢١/٢، مغني المحتاج ٤٤٦/٢، كشاف القناع ٥٣٨/٣.

وقد ورد الوعيد الشديد في منع الأجير أجره فعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره)**[1].

فإذا لم يقم كل من الملزِم، والملزَم بتسليم الملزم به، وماطل في التسليم فإنه مانع لحق وجب عليه، ولذا بين شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أن عدم التسليم للمعقود عليه، هو من أكل أموال الناس بالباطل فقال: «ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر؛ لأن المقصود بالعهود والعقود المالية، هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه، ولهذا قال تعالى: ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ﴾ [النساء: ١]، أي تتعاهدون، وتتعاقدون، وهذا هو موجب العقود، ومقتضاها؛ لأن كلاً من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه»[2]اهـ.

فإذا تم العقد، أصبح المعقود عليه ملكاً للعاقد، فباستطاعته المطالبة بتسليم المعقود عليه سواء كان حالاً، أو مؤجلاً بعد تمام أجله إذا كان العقد مبنياً على الأجل، وقابلاً له، وتسليم المعقود عليه في بعض عقود المعاوضات يشترط أن يكون في مجلس العقد كما في الصرف، فإن التقابض في المجلس يشترط لصحة عقده، وأما في السلم فإن التسليم في مجلس العقد شرط في الثمن، دون المثمن، وهو المُسْلَم فيه، فإنه يكون مؤجلاً؛ إذ الأصل فيه التأجيل، أما ماعداهما من العقود فيصح فيها التأجيل، والتعجيل ففي البيع، يصح أن يكون تسلم العين مؤجلاً، كما أن تسليم الثمن يصح أن يكون مؤجلاً، و مثل ذلك في الشفعة، والمساقاة، والمزارعة، والهبة يقصد منها الثواب.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣/ ٥٠.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٦٤.

وهكذا الإجارة، فيصح أخذ الأجرة قبل العمل، وبعده، وقبل استيفاء المنفعة وبعدها، وإن كان الأصل أن الأجرة لا تكون إلا بعد استيفاء المنفعة، لكن إذا كان هناك عرف بتقديم الأجرة صح ذلك، إذ ليس تأخير الأجر شرطاً، وذلك كما هو متعارف الآن بتقديم الأجرة في تأجير العقارات، فإن أجرة العقار تكون مقدمة لستة أشهر، أو سنة، وهكذا الاستئجار على التعليم كما في المدارس الأهلية فإن الأجرة تقدم على العمل.قال الإمام جلال الدين ابن شاس رحمه الله: «الأجرة، وهي كالثمن إلا أنها لا تتعجل بمجرد العقد، إلا أن يكون هناك شرط، أو عادة، أو يقارن العقد ما يوجب التقديم...»[1].

ومما يدل كذلك على أن التسليم للمعقود عليه من آثار لزوم العقد أن أهل العلم رحمهم الله اشترطوا القدرة على تسليم المعقود عليه، وإذا تخلف ذلك فلا يصح العقد، فلو لم يكن التسليم واجباً لما كان لاشتراط المقدرة عليه فائدة.

كما يذكر أهل العلم رحمهم الله التسليم للثمن، وما في حكمه، كالأجرة في مقابل الشيء الذي دفع من أجله المال[2]. فالتسليم أحد آثار لزوم العقد، واشتراط التسليم هو اشتراط لما يقتضيه العقد أصلاً، وعليه فالتسليم من الأمور التي تترتب على إبرام هذه العقود اللازمة، وأنه أثر من آثارها.

المقصد الثالث: الضمان للمعقود عليه:

الضمان يراد به التغريم، يقال: ضمن الشيء؛إذا غرمه، وضمنته المال؛إذا ألزمته إياه[3]، فإذا تلف المعقود عليه كله، أو بعضه، مثل أن يشتري سلعة من الطعام فتتلف كلها، أو بعضها بعد تمام عقد البيع، ولزومه، فإنه حينئذ يرد

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٢/٨٣٦، ينظر الاختيار ٢/٥٥.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٤٣، التلقين ٢/٤٠٠، المهذب ١/٣٠٧، المغني ٦/٣٢٣.

(٣) لسان العرب ١٣/٢٥٧، المصباح المنير ١٣٨، المطلع ٢٤٩.

السؤال: هل يكون ضمان هذا التلف من البائع، أو يكون من المشتري، أو بمعنى آخر من الذي يغرم هذا التلف، ويقوم بالتعويض عنه، و يتحمل هذا التلف من طرفي العقد، أهو الملزِم، أو الملزَم ؟والجواب على هذا السؤال يختلف بحسب اختلاف حالات التلف، والتي تنحصر في ثلاث حالات:

الحالة الأولى : أن يتم التلف بعد القبض:

فإذا تم التعاقد وقام المشتري بقبض المعقود عليه، فإنه يضمنه، ويكون متحملاً لخسارته، وتلفه بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله: «ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض؛ إلا في العهدة، [1] والجوائح..»[2] اهـ.

الحالة الثانية: أن يتلف قبل التمكن من القبض :

في هذه الحالة يكون تلف المعقود عليه قبل القبض، فالمشتري لم يتمكن من قبض السلعة بعد، مع أنه حصل الاتفاق بين الطرفين على العقد، ففي هذه الحالة لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن الضمان على البائع، وإلى ذلك يشير شيخ الإسلام ابن تيميه رحمه الله بقوله : «وكذلك المبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه، مثل أن يشتري قفيزاً من صبرة، فتتلف الصبرة قبل القبض، والتمييز، كان ذلك من ضمان البائع بلا نزاع»[3] اهـ.

---

(١) هي أن كل عيب حدث في العين عند المشتري فهو من البائع، وهي عهدتان: عهدة الثلاثة الأيام؛ وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري، وعهدة السنة؛ وهي من العيوب الثلاثة: الجذام، والبرص، والجنون، فما حدث في السنة من هذه العيوب بالمبيع فهو من البائع، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل، وقد انفرد الإمام مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار. بداية المجتهد ٥/٣٨، المصباح المنير ١٦٥.

(٢) بداية المجتهد ٥/٥٣.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٢٣٨، ٢٦٩.

الحالة الثالثة : أن يتلف بعد التمكن من القبض وقبل قبضه:

المراد بهذه الحالة أن يمكن البائع المشتري من السلعة حتى يقبضها، فيتأخر المشتري في القبض، فيحصل التلف، والضرر، قبل أن يحصل القبض، فهل تمكين البائع للمشتري من القبض ينزّل منزلة القبض الحقيقي أو لا؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: التفريق بين ما يحتاج إلى توفية، كالمكيل، والموزون، والمعدود، وغيرها، فما كان يحتاج إلى ذلك، فلا ضمان على المشتري إلا بعد قبضه، ولا يتصرف فيه، وما كان لا يحتاج إلى ذلك، فالضمان على المشتري، وله التصرف فيه، وهو مذهب المالكية، [1] والحنابلة، [2] رحمهم الله.

القول الثاني: أن المشتري ليس له التصرف في المعقود عليه إلا بعد قبضه، سواء كان عقاراً، أو غير عقار، مطعوماً أو غير مطعوم، والضمان على البائع قبل القبض مطلقاً، وهو مذهب الشافعية[3]، وقول أبي يوسف الأول، ومحمد من الحنفية، [4] ورواية عند الحنابلة[5]، رحمهم الله.

القول الثالث: أن المشتري ليس له التصرف في المعقود عليه، إلا بعد قبضه، إلا العقار، وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[6]، رحمهما الله.

---

(١) المعونة ٩٧٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٠٣/٢، ولهم في ذلك تفصيل.

(٢) المغني ١٨١/٦، كشاف القناع ٢٤٢/٣، ولهم روايات أخرى في هذا.

(٣) الحاوي الكبير ٢٢٠/٥، مغني المحتاج ٨٩/٢.

(٤) المبسوط ٩/١٣، الهداية ٥٩/٣.

(٥) المغني ١٨٣/٦.

(٦) المبسوط ٩/١٣، الهداية ٥٩/٣.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(التفريق بين ما يحتاج إلى توفية وغيره) استدلوا بالنقل، ولهم في ذلك حديثان:

(١) حديث عائشة رضي الله عنها (أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان)[1].

وجه الدلالة: أنه ﷺ جعل الضمان على من يكون له الخراج، وخراج المبيع الذي يحتاج إلى توفية للبائع، بخلاف الذي لا يحتاج؛ فخراجه يكون للمشتري فيتعلق الضمان بمن له الخراج[2].

(٢) حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: (مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من ضمان المبتاع)[3].

وجه الدلالة: في قوله: (حياً مجموعاً) حيث جعل ما هو ممكن القبض بوصف حياً مقبوضاً، وإن لم يقبضه المشتري، فالسنة جعلت الضمان على المشتري، بخلاف ما لم يكن كذلك بأن كان يحتاج إلى توفية من البائع فهو من ضمان البائع.

دليل القول الثاني:

(الضمان على البائع حتى يقبضه المشتري) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل، فاستدلوا من السنة، ولهم حديثان:

(١) حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسول الله إني اشتري بيوعاً فما يحل لي منها، وما يحرم؟ قال ﷺ: **(إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه، ولاتبع ما ليس عندك)**.

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٢٨٤، وابن ماجة٢/٧٥٤، والترمذي، وقال: (هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم) ٣/٥٨١، والنسائي ٧/٢٥٤، التلخيص الحبير لابن حجر٣/٢٧، وقال عنه الألباني: حسن، إرواء الغليل٥/١٥٨.

(٢) ينظر المعونة٢/٩٧٣، المغني ٦/١٨٦.

(٣) أخرجه البخاري معلقاً في صحيحه ٣/٢٣، والدار قطني ٣/٥٤.

وجه الدلالة : عموم نهيه ﷺ عن بيع الإنسان لما اشتراه حتى يقبضه، قال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله بعد إيراده هذا الحديث: «فكان هذا النهي عاماً في كل بيع»[١]، وعلى هذا فإنه يكون الضمان على البائع في جميع المبيعات حتى يحصل القبض من المشتري للسلعة.

(٢) حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: (أن رسول الله ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن)[٢].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ نهى عن ربح الشيء غير المضمون، والمبيع قبل القبض غير مضمون على المشتري بدليل أن ما حدث به من عيب يستحق به المشترى الفسخ لأنه من ضمان البائع[٣].

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن بيع ما لم يقبض غير مقدور على تسليمه، وبيع ما لا يقدر على تسليمه باطل كالعبد الآبق، والجمل الشارد[٤].

دليل القول الثالث:

(ليس له التصرف قبل القبض إلا في العقار) استدلوا بالنقل وذلك بحديث حكيم ابن حزام رضي الله عنه[٥].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث أصل في منع التصرف في المبيع قبل قبضه، ونستثني العقار؛ لأن هلاكه نادر، والنادر لا حكم له، فالمانع من التصرف هو الغرر خشية الهلاك، والعقار ليس كذلك[٦].

---

(١) الحاوي الكبير ٥/٢٢١.

(٢) أخرجه أبو داود ٣/٢٨٣، والترمذي ٣/٥٣٥، وقال: (هذا حديث حسن صحيح) اهـ، وابن ماجة ٢/٧٣٧، والنسائي ٧/٢٩٥.

(٣) الحاوي الكبير ٥/٢٢١.

(٤) المصدر السابق.

(٥) شرح فتح القدير ٦/٤٧٤.

(٦) المصدر السابق.

الترجيح :

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بالتفريق بين ما تمكن فيه المشتري من القبض فيكون من ضمانه، وبين ما لم يمكن المشتري من قبضه، فيكون من ضمان البائع؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أن في هذا القول جمعاً بين الأدلة، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «والسنة في هذا الباب فرّقت بين القادر على القبض، وغير القادر في الضمان والتصرف، فأهل المدينة اتبع للسنة في هذا الحكم كله، وقولهم أعدل من قول من يخالف السنة»[1]اهـ.

ثانياً: أن تعليق الضمان بالتمكين من القبض أحسن من تعليقه بنفس القبض، وبهذا جاءت السنة، كما في الجوائح تكون على البائع إذا لم يتمكن المشتري من الجذاذ، وكان معذوراً، وأما إذا فرط في القبض، مع إمكانه فإنه يتحمل المسؤولية وحده، ويضمن[2].

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، فإن غير المقبوض منه ما هو مقدور على تسليمه، وهو مدار الحديث، ومنه ما هو غير مقدور التسليم فهو كذلك، لا لعدم قبضه، بل لعدم القدرة على الاستلام.

كل هذا متعلق بعقد البيع، وأما بقية عقود المعاوضات فإن عقد الصرف يشترط فيه التقابض، وما لم يتم القبض فيه فهو غير صحيح، ولذا فالضمان بعد التقابض متفق عليه أنه على من انتقل إليه ملك ذلك المعقود عليه، و أما قبل التقابض فكل منهما لم يتصرف فيه، فضمان التالف عليه بالاتفاق كما سبق.

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٥/٢٠.

(٢) المصدر السابق.

وأما عقد السلم، والإجارة، والصلح، ونحوها من العقود التي يملك فيها العوض بالهلاك؛ فإنه لا يجوز التصرف فيها في المعقود عليه قبل قبضه، وقد أشار إلى ذلك الإمام الموفق رحمه الله بقوله: «وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض، لم يجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا، والأجرة، وبدل الصلح، إذا كانا من المكيل، والموزون، أوالمعدود، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه، جاز التصرف فيه قبل قبضه...»[1].

وبهذا يظهر أن المشتري إذا مكّن من القبض فلم يقبض، فإنه يكون ضامناً، وأما إذا ما لم يُمكّن من القبض فإن الضمان لا يكون عليه، وإنما على البائع وحده.

فالعبرة في الحكم بالضمان في هذه المسألة إنما هي بالتمكين من القبض، فإذا مكن البائع المشتري من قبض ما عقد عليه، ففرط، ولم يقبض فإنه يضمن، وأما إذا لم يمكنه من القبض، مثل أن يماطل بتقبيضه، كلما أراد القبض أجله، أو كان المعقود عليه يحتاج إلى توفية تتم من العاقد فلم يقم بذلك، فالضمان يكون على البائع، الذي لم يُمكّن المشتري من قبض المعقود عليه.

المقصد الرابع: شغل الذمة بالدين:

تعتبر عقود المعاوضات المالية المبنية على المداينة، كالبيع المؤجل، والسلم، والإجارة من العقود الموجبة لشغل ذمة العاقد بحق الطرف الآخر.

فإذا كان العقد على بيع سلعة بثمن مؤجل، كانت الذمة المشغولة ذمة المشتري، وهو ملتزم بموجب عقد البيع بسداد الثمن المؤجل عند حلول الأجل، وهذا الشغل لذمته مرتب في الحقيقة على التعاقد الذي تم إبرامه بين الطرفين، ولا يحكم بلزومه إلا بعد تمام العقد، وصحته، فهو أثر من آثاره، والآثار الصحيحة لا تكون صحيحة معتبرة إلا إذا صحت أصولها التي ترتبت عليها[2].

---

(١) المغني ١٩١/٦، ١٨٨، شرح فتح القدير ٤٧٣/٦.

(٢) الهداية ٢٢/٣، المدونة ٢٦٢/٣، الذخيرة ٩/٥، مغني المحتاج ٨٩/٢، كشاف القناع ١٨٥/٣.

وهكذا الحال في عقد السلم، إلا أن عقد السلم تكون الذمة المشغولة فيه ذمة البائع؛ لأن موجب التعاقد بينه، وبين المشتري يستلزم منه أن يقوم بتسليم المبيع في الأجل المعلوم، فالسلعة المباعة دين في ذمته، ترتب شغلها بموجب التعاقد، وكانت لازمة بلزوم التعاقد نفسه، فهي أثر من آثاره المترتبة عليه؛ ولهذا كان تعريف السلم متضمناً لهذا الأثر حيث عرف السلم بأنه: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلسالعقد[1].

وفي عقد الإجارة، يقوم المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر، ويلتزم المؤجر بمعاوضته على ذلك بالمنفعة، كالسكن مدة معلومة، وتنشغل ذمته بذلك على وجه اللزوم بحيث لو امتنع من ذلك، أو مطله أجبر على رفع يده، وتمكين المستأجر من حقه، فهذا الشغل لذمة المؤجر ما هو إلا أثر من آثار اللزوم المترتب على التعاقد الصحيح بين المؤجر، والمستأجر.[2]كما أن عقد المعاوضة غير المؤجل كالبيع الحالّ تنشغل فيه الذمة بالدين إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن إلى البائع.

فظهر أن ترتب الدين في الذمة يعتبر أثراً من آثار لزوم العقد في المعاوضات المالية.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في المعاوضات المالية

يشتمل هذا المطلب على أربعة مقاصد:

المقصد الأول: قطع الخصومة:

هذا الأثر يظهر في عقد الصلح، إذ عادةً ما يكون الصلح بين أطراف متنازعة، قد ذهب الود عنها، ونشأ الخلاف بينها، والصلح بأنواعه يقيم ما فسد، فإذا حدث تصالح بين طرفين متنازعين فإن هذا الصلح الذي توصل إليه طرفا النزاع ينهي

---

(١) كشاف القناع ٢٨٨/٣، شرح فتح القدير ٦٦/٦، حاشية الدسوقي٣/١٩٥، منهاج الطالبين ١٤٢/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٩٣/٤، حاشية الدسوقي٤/٣، منهاج الطالبين ٤٥١/٢، كشاف القناع ٤٠/٤.

الخلاف بينهما، ويزيل النزاع عنهما، ولا يكون لأحد منهما أن يثير النزاع حول ما تم الصلح عليه؛ إذ به تقطع الخصومة، ويرفع الخلاف.

ومما يدل على هذا الأثر في عقد الصلح تعريف أهل العلم رحمهم الله للصلح بأنه معاقدة يتوصل بها إلى قطع النزاع بين مختلفين.

وقد أشار إلى هذا الأثر الإمام الكاساني رحمه الله حيث بين أن قطع الخصومة ما هو إلا حكم أصلي، لا ينفصل عنه جنس الصلح، فقال رحمه الله: «وأما بيان حكم الصلح فنقول، وبالله التوفيق: إن للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع.. أما الأصل فهو انقطاع الخصومة، والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك»[1].

وقد بين هذا الأثر الشيخ الصاوي عند بيانه لسبب ذكر الصلح بعد الحجر فقال رحمه الله: «ما أنهى الكلام على ما أراد من أسباب الحجر شرع في الكلام على شيء من مسائل الصلح؛ لأنه قطع المنازعة»[2] كما أشار إلى ذلك الإمام النووي رحمه الله في بداية كلامه في باب الصلح فقال: «فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين»[3] وبينه الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله عند بيان الصلح عن الإنكار فقال: «فيدفع المدعي شيئاً؛ افتداء ليمينه، وقطعاً للخصومة»[4] اهـ.

مما سبق من نصوص أهل العلم رحمهم الله يتبين أن عقد الصلح له أثر يستقل به عن غيره من العقود، وهو قطع الخصومات، وإزالة النزاعات، فلا يبقى لأحد الأطراف حق في أن يثير النزاع من جديد، ولو لم يكن ذلك أثراً لعقد الصلح؛ لترتب عليه هدر جهد المصلح، ولامتنع كل واحد من الطرفين من التنازل عما اتفق

---

(١) بدائع الصنائع ٦/٥٣.

(٢) بلغة السالك ٢/١٤٦.

(٣) روضة الطالبين ٤/١٩٣.

(٤) المغني ٧/٧.

عليه عند الصلح ؛ إذ أن من طبيعة البشر حب الاستئثار بالشيء، وعدم التنازل عما يعتقد أنه حق له، فلو لم يحكم بلزوم أثر الصلح لأدى ذلك إلى استهانة الناس به، وعدم تعويلهم عليه، فيتراجعون عنه متى شاءوا، ولربما يتكرر منهم الصلح أكثر من مرة، وكل ذلك لا تترتب عليه المصالح المطلوبة، ولا تندرئ به مفاسد الشرور التي قصد الشرع قطع أسبابها، وإزالتها عن المجتمع المسلم، وأفراده، لكن إذا ترتب الأثر على اللزوم بقطع النزاع، وفض الخصومة، تحققت المصالح المطلوبة، واندرءت المفاسد، والشرور على أتم الوجوه، وأكملها، وألزم كل طرف بهذا الأثر، فلا يستطيع أن يثير الخلاف مرة أخرى.

المقصد الثاني: فض الشراكة:

هذا الأثر يظهر في عقد القسمة في الأعيان ؛ إذ أنها تكون في شيء مشترك فيه، يكون لكل شريك نصيب مشاع، غير محدد، ولا متميز، فعلى سبيل المثال لو أن ورثة ميت ورثوا عنه داراً، فلكل وارث نصيب من هذه الدار حسب القسمة الشرعية، لكن هذا النصيب غير متميز، بل هو مشاع في الدار كلها، فإذا اتفق الشركاء على قسمة ما هم مشتركون فيه، فإنهم بعد القسمة يستقل كل شريك بما أظهرت القسمة له، فلا يكون له فيها شريك.

يقول الإمام الكاساني رحمه الله عند بيانه حكم قسمة الأعيان: «حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عيناً تصرفاً فيه، فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك»[1]، وقال الإمام الماوردي رحمه الله: «واستقر ملك كل واحد منهم على ما خرج له بها»[2]، وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله في بيان الحاجة بالناس إلى القسمة: «ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ؛ ليتمكن كل واحد من

---

(١) بدائع الصنائع ٢٨/٧.

(٢) الحاوي الكبير ٢٥٥/١٦.

الشركاء من التصرف على إيثاره، ويتخلص من سوء المشاركة، وكثرة الأيدي»[١]اهـ.

فظهر من هذه النصوص أن الشريك بعد أن كان يملك نصيباً غير متميز من المقسوم أصبح بهذه القسمة منفرداً عن غيره من الشركاء، مختصاً بشيء متميز، له أن يتصرف فيه بأي وجه من الوجوه الشرعية، ولذا نجد الإمام الكاساني رحمه الله جعل من أحكام القسمة؛ أن المقسوم له يختص بما قسم له، فهو قبل القسمة غير مختص بل له شركاء في ذلك الملك، أما الإمام الماوردي رحمه الله فبين أن الملك يستقر بعد القسمة على النصيب الذي خرج له بالقسمة، وبين الإمام الموفق رحمه الله أن مساوئ المشاركة في الأملاك يمكن التخلص منها بالقسمة، وانفراد الشخص بنصيبه من الشيء المشترك فيه، حتى يمكن له أن يتصرف فيه بما شاء، ومن هذا كله يظهر جلياً أن من آثار القسمة أنها تنهي المشاركة، وتجعل لكل من الشركاء نصيباً خاصاً به، دون غيره.

المقصد الثالث: حرية الرقبة:

يظهر هذا الأثر في عقدين من عقود المعاوضات المالية، وهما عقد العتق بعوض، وعقد المكاتبة، فهذان العقدان المقصد الأساسي منهما تحرير الرقبة من رق العبودية لغير الله سبحانه.

فإذا تم العقد بين السيد، وعبده على أن يعتقه على عوض يدفعه العبد له بدون تقسيط، فإن وفّى العبد لسيده بما اتفقا عليه أصبح حراً طليقاً، فارتفع عنه الرق، وزال، فله ما للحر، وعليه ما على الحر، وهذا الأثر نص أهل العلم رحمهم الله عليه في مواطن كثيرة[٢].

---

(١) المغني ١٤/٩٧.

(٢) الهداية ٢/٦٥، الذخيرة ١١/١٢٩، روضة الطالبين ١٢/١٠٩، المغني ١٤/٤٠٦.

أما إذا كان العقد الذي تم الاتفاق عليه بين السيد، وعبده عقد مكاتبة فإن الأثر المترتب على هذا العقد اللازم من الحرية موقوف على أداء أقساط الكتابة، والوفاء بها من قبل العبد، فإذا أداها، ودفعها كاملة فإنه يصبح حراً، مستحقاً لمنافعه، ومكاسبه، وتزول ملكية السيد عنه[1]. فحرية الرقيق تعتبر أثراً مترتباً على لزوم عقدي المكاتبة، والعتق بعوض، ويملك الرقيق بموجب ذلك منافع نفسه، ويستحق مكاسبه، شأنه في ذلك شأن الأحرار سواء بسواء.

المقصد الرابع: الربح أو الخسارة:

هذا الأثر من الآثار المترتبة على لزوم عقد المضاربة، فإن عقدها يستلزم استحقاق طرفي العقد لمقاسمة الربح بينهما على حسب ما اتفقا عليه، كما أنهما يتحملان خسارته، وفواته على المضاربة، فأما الربح فإنه نماء المال المضارب به، فإن الاستحقاق فيه للطرفين مترتب على لزوم عقد المضاربة، فلا يملك رب المال منع العامل من استحقاقه كله، أو بعضه على ما اتفقا عليه، كما لا يملك العامل أن ينفرد بالربح كله، أو يمنع رب المال شيئاً مستحقاً له بالعقد المتفق عليه بينهما، كذلك لا يملك الطرفان رفع الخسارة عنهما في حال انكسار المضاربة، فرب المال يتحمل خسارة ماله، وليس من حقه أن يطالب العامل بتعويضه، كذلك يتحمل العامل الخسارة من جهة فوات الربح، وعوض عمله، فلا يحق له أن يطالب رب المال بتعويضه عن ذلك، وهذا متفق عليه بين العلماء رحمهم الله.[2]

وقد ورد أثر عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ﷺ يدل على أن الربح بينهما، والخسارة على رب المال حيث يقول ﷺ: (الربح على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على المال)[3].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/١٥٠، المعونة ٣/١٤٦٣، منهاج الطالبين ٤/٦٥٤، المقنع ٢/٥٠٠.

(٢) الاختيار٣/١٩، المعونة ٢/١١٢٢، الحاوي الكبير ٧/٣١٣، المغني ٧/١٣٩.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٦/٤.

إذاً فما وجد من ربح فهو بين العامل، ورب المال على ما شرطاه، وما وجد من خسارة فالعامل قد خسر جهده، ورب المال قد خسر ماله، ولهذا فليس للعامل، أو رب المال أن يفسخ العقد حتى يتبين الربح من الخسارة؛ لأن العامل لا يستحق الأجر إلا بالعمل، فالربح في عقد المضاربة لا يتبين إلا بعد انتهاء العقد، ورب المال لو عاد المال إليه وهو عرض لكان فيه كلفة عليه حتى يعيده عيناً.(١)

فمعرفة الربح، أوالخسارة في عقد المضاربة هو من آثار لزوم العقد الذي يستقل به عقد المضاربة دون غيره من العقود.(٢)

---

(١) المعونة ١١٢٧/٢، بداية المجتهد ١٦٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٠٩/٦، المعونة ١١٢٧/٢، المهذب ٣٩٥/١، المغني ١٧٣/٧.

المبحث الثاني

أثر لزوم العقد في التوثيق

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

الأثر العام للزوم العقد في عقود التوثيق

إن لعقود التوثيق أثراً عاماً تشترك فيه جميعها، إذ بموجبها يمكن استيفاء الحق من تلك الوثيقة، فإنما جعلت لتقوم مقام الحق عند تعذر حصوله، فيستوفى الحق منها، سواء كانت تلك الوثيقة رهناً، أو كفالة، أو ضماناً.

ففي عقد الرهن إذا لم يقم الراهن بسداد الدين الذي عليه في الأجل المتفق عليه، كان من حق المرتهن أن يقوم ببيع الرهن، لكي يستوفي حقه منه، ويظهر هذا الأثر لدى أهل العلم رحمهم الله من خلال الجوانب التالية:

أولاً: أنهم عند تعريفهم للرهن يذكرون أن الفائدة هي استيفاء الحق من العين المرهونة[1]. فجميع التعاريف تذكر كلمة الاستيفاء في التعريف، مما يدل على أن الأثر المترتب على الرهن اللازم، إنما هو استيفاء الحق من العين المرهونة بعد بيعها إذا لم يقم الراهن بسداد الدين المطلوب في أجله.

ثانياً: أن العين المرهونة لا تنفك من الرهن إلا بعد أن يبرأ الراهن من جميع الدين، وقد ذكر ذلك الإمام ابن المنذر رحمه الله، وبين أنه مما اتفق أهل العلم عليه فقال: «وأجمعوا أن من رهن شيئاً، أو أشياء بمال، فأدّى بعض المال، وأراد إخراج بعض الرهن، أن ذلك ليس له، ولا يخرج من الرهن شيئاً، حتى يوفيه آخر حقه، أو

---

(١) الهداية ١٢٦/٤، التلقين ٤١٥/٢، مغني المحتاج ١٦٦/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥١/٥.

يبرأ من ذلك»[1]اهـ، فبين رحمه الله أن العين المرهونة لا يمكن إخراجها من الرهن، وفكه عنها إلا بعد سداد جميع الدين، وأن الراهن لو قام بسداد بعض الدين لم تحل له المطالبة بفك الرهن حتى يوفي جميع الدين، مما يؤكد ما ذكرنا من أن الاستيفاء مقصود في حال العجز، وهو أثر مترتب على لزوم عقد الرهن بعد حصول القبض للعين المرهونة.

ثالثاً: ما ذكره بعض أهل العلم رحمهم الله من أن في سقوط الرهن، دون رضا المرتهن إسقاطاً لفائدة الرهن، وفي تقرير ذلك يقول الإمام الشيرازي رحمه الله: «فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان، ولأنا لو جوزنا الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة، وسقطت فائدة الرهن»[2]اهـ.

رابعاً: ما ذكره بعض أهل العلم رحمهم الله من أن القاضي يلزم الراهن بالوفاء، أو البيع إذا عجز عن الوفاء، والسداد، وفي ذلك يقول الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: «ولو طلب المرتهن بيعه، فأبى الراهن، ألزمه القاضي قضاء الدين، أو بيعه»[3].

فالرهن إذاً وثيقة يتمكن المرتهن من خلالها من استيفاء حقه إذا امتنع الراهن من قضاء الدين الذي عليه للمرتهن، فحينئذ يجبره القاضي على بيع العين المرهونة؛ ليستوفي المرتهن دينه، وحقه.

وبهذا كله يتضح أن الأثر المترتب على الحكم بلزوم الرهن بعد قبضه، هو تمكين المرتهن من استيفاء حقه من العين المرهونة إذا حلّ الأجل، ولم يقم الراهن بالسداد.

وفي عقد الضمان يعتبر استيفاء الحق من الضامن أثراً من الآثار المترتبة على لزومه، ويظهر ذلك من جانبين:

---

(١) الإجماع لابن المنذر ١٢٤، ينظر المهذب ١/٣١٤، المقنع ٢/١٠٦.

(٢) المهذب ١/٣١٤.

(٣) منهاج الطالبين ٢/١٨٤.

أولاً: أن الإمام ابن المنذر رحمه الله نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على أن المضمون له يحق له أن يأخذ المال من الضامن، وذلك بقوله: «وأجمعوا على أن الرجل، إذا ضمن عن الرجل لرجل مالاً معلوماً بأمره، أن الضمان لازم له، وله أن يأخذه ممن ضمن عنه»[١].

ثانياً: أن الضامن لا يبرأ من ذلك الدين؛ إلا إذا قام الأصيل بالوفاء، فإذا لم يقم بالوفاء فإن ذمة الضامن تبقى مشغولة بالحق للمضمون له.

وفي عقد الكفالة يترتب استيفاء الحق على لزومه في حال تعذر إحضار الكفيل لمكفوله، فيطالب بسداده، أو دفع عوضه، كما أشار إلى ذلك الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بقوله: «وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين، أو عوض الدين»[٢] اهـ.

فتبين مما سبق أن عقود التوثيق وهي الرهن، والضمان، والكفالة، المقصود منها في الأساس هو حصول الأمان في الاستيفاء من هذه الوثيقة إذا تعذر ذلك ممن عليه الحق، فيباع المرهون ليستوفى من ثمنه، ويجبر الضامن على القيام بضمانه، والكفيل على إحضار مكفوله، فكان استيفاء الحق منها أثراً من آثار لزوم عقودها.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في عقود التوثيق

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: استحقاق المطالبة بالإحضار

المراد باستحقاق المطالبة بالإحضار أن المكفول له من حقه أن يطالب الكفيل بأن يحضر مكفوله؛ ذلك أن الكفالة يراد بها كفالة البدن، والكفيل ملتزم بإحضار من كفله، حتى يتمكن المكفول له من استيفاء حقه من المكفول، وفي حالة عجز الكفيل

(١) الإجماع لابن المنذر ١٢٥، الاختيار ٢/١٦٦، كشاف القناع ٣/٣٦٤.

(٢) المقنع ٢/١١٩، التلقين ٢/٤٤٤.

عن إحضار مكفوله فإنه يكون ملزَماً بدفع ما لزم مكفوله، أو يحبس مكانه[1].

فمن الآثار التي تترتب على لزوم عقد الكفالة، أن الطرف الملزَم فيها، وهو الكافل يكون مطالباً بأن يحضر مكفوله، حتى يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه من الأصيل حال حضوره، أو من الكفيل عند عدم قيامه بإحضار كفيله، ولو لم يحكم بأثر الكفالة المشتمل على إحضار المكفول، أو السداد عنه، لأدى ذلك إلى ضياع حق المكفول له، لكن لما ترتب على لزوم عقد الكفالة هذا الأثر تحققت المصلحة المطلوبة منها، وهي تمكن المكفول له من ضمان حقه، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية، فإن الكافل لم يجبر على الكفالة، بل حصلت منه عن قناعة بما يترتب عليها من ضرر، فهو حينما أقدم عليها كان على علم بالغبن فيها، فوجب عليه أن يفي بما التزم به.

المقصد الثاني: استحقاق المطالبة بالسداد:

هذا الأثر يختص به عقد الكفالة والضمان، كما اختص عقد الرهن بعدم جواز التصرف في المرهون بما يزيل الملك، والمراد باستحقاق المطالبة بالسداد أن المكفول له، والمضمون له من حقه أن يطالب الكفيل، والضامن بسداد الحق الذي له على المكفول، والمضمون؛ ذلك أن هذين العقدين إنما شرعا من أجل توثيق الحق.

فالكفالة يراد بها كفالة البدن، والكفيل قد ألزم نفسه بإحضار من كفله، لكي يكون في مقدرة المكفول له أن يستوفي حقه من المكفول، وفي حالة عجز الكفيل عن إحضار مكفوله فإنه يكون ملزَماً بدفع ما لزم مكفوله، أو يحبس مكانه.

وفي الضمان يكون الضامن قد ضم ذمته لذمة المضمون عنه، فيكون بذلك مطالباً بنفس الحق الذي يطالب به المضمون، فهنا الطرف الملزِم طرف واحد، وهو صاحب الحق سواء كان مكفولاً له، أو مضموناً له.

---

(١) الاختيار ٢/١٦٧، التلقين ٢/٤٤٤، مغني المحتاج ٢/٢٧٨، المغني ٢/١١٩.

وبناء على ذلك ففي عقد الكفالة فالملزِم له أن يطالب الكفيل، والأصيل، فيطالب الكفيل بالإحضار، ويطالب الأصيل بسداد الدين، فإن طالب الكفيل بإحضار مكفوله فلم يحضره، فله أن يطالبه بسداد الدين[١]، وقد جاء ذلك منصوصاً عليه عند أهل العلم رحمهم الله[٢].

وفي عقد الضمان فإنه يكون للمضمون له الحق في مطالبة الضامن، والمضمون عنه، سواء كانا مجتمعين، أو منفردين؛ لأن الدين ثابت في ذمتيهما جميعاً، ويؤيد ذلك كثير من النصوص التي وردت عن أهل العلم رحمهم الله[٣]، والتي تدل على أن المضمون له، يطالب من شاء منهما، إن أراد الضامن، أو المضمون عنه[٤].

فمن الآثار التي تترتب على لزوم عقد الكفالة، والضمان أن الطرف الملزَم فيها، وهو الكافل، والضامن مطالب بسداد الدين، ولو لم يحكم بأثر الكفالة المشتمل على السداد، لأدى ذلك إلى ضياع حقوق أصحاب الديون، وتلاعب البعض بما للغير عليه، ولسهل على الكافل أن يكفل من شاء، ثم إذا ترتب عليه الحق تراجع عن كفالته، وهكذا الحال في الضامن، لكن لما ترتب على لزوم عقدهما هذا الأثر تحققت المصلحة المطلوبة منهما، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية، فإن الكافل، والضامن لم يجبرا بل حصل منهما العقد عن قناعة بما يترتب عليه من ضرر، فهما حينما أقدما عليه، والتزما به كانا على علم بالغبن فيه، فوجب عليهما أن يفيا بما التزما به.

---

(١) الشافعية رحمهم الله لهم قولان في الغرم، الأول: أن الكفيل لا يغرم عند الإطلاق، وهذا هو الأصح عندهم، والثاني: أن الكفيل يغرم عند الإطلاق.روضة الطالبين ٤/٢٥٩، مغني المحتاج ٢/٢٧٩.

(٢) الاختيار ٢/١٦٩، التلقين ٢/٤٤٤، المقنع ٢/١١٩.

(٣) المالكية رحمهم الله يرون أن المضمون له لا يطالب الضامن إذا تيسر له الأخذ من مال المدين، وهذا القول هو الذي رجع إليه الإمام مالك بعد قوله: رب الدين مخير في طلب أيهما شاء. التلقين ٢/٤٤٥، بلغة السالك ٢/١٥٨.

(٤) الاختيار ٢/١٦٩، التلقين ٢/٤٤٥، منهاج الطالبين ٢/٢٨١، المقنع ٢/١١٢.

إذاً من أثار لزوم العقد في عقود التوثيق أن لصاحب الحق - وهو المكفول له، والمضمون له - أن يطالب من شاء الأصيل، أو من قام بكفالته، وضمانه بالسداد، ولو لم يكن ذلك أثراً من آثار لزوم عقد الكفالة، والضمان، لما كان لهما من معنى.

المقصد الثالث: عدم تصرف الراهن في العين المرهونة:

مما يترتب على لزوم عقد الرهن أن الراهن لا يحق له أن يتصرف في العين المرهونة بما يلغي التوثيق في جانب المستفيد منها، والمراد بالتصرف أن يقوم ببيع العين المرهونة، أو بهبتها، أو بالتصدق بها، وبغير ذلك من أنواع التصرف، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله هذه المسألة ونصوا على أنه لا يجوز أن يبيع العين المرهونة، وأن تصرفه موقوف على نظر صاحب الدين، فإن شاء أجاز، وإن شاء امتنع، وأبطل البيع، يقول الإمام ابن المنذر رحمه الله: «أجمعوا على أن الراهن ممنوع من بيع الرهن، وهبته، وصدقته، وإخراجه من يد من رهنه، حتى يبرأ من حق المرتهن»[1]اهـ. فلو أن الراهن تمكن من أن يتصرف في المرهون لفاتت الفائدة من هذه الوثيقة، وهي استيفاء حقه من تلك العين، فلو قيل: بأن له بيع هذه الوثيقة، فأراد المرتهن حقه فإنه لن يتمكن من استيفائه؛ لزوال ملك الراهن عن هذا المرهون، وانتقاله إلى ملك غيره، ولذا أجمع أهل العلم على أن الراهن لا يتصرف في المرهون، لتناقض ذلك مع الفائدة التي شرع من أجلها الرهن.

فالتصرف في العين المرهونة بما يزيل الملك لا يصح؛ لأن ذلك يؤدي إلى فوات المعنى الذي من أجله شرع الرهن، وعليه فإنه يكون منع الراهن من التصرف على هذا الوجه أثراً من الآثار المترتبة على الحكم بلزوم عقد الرهن، إلا ما استثني من العتق الذي لا يمكن تداركه، إلا أن الراهن يضمن لصاحب الدين القيمة، ويجعلها

---

(١) الإجماع لابن المنذر ١٢٣، ينظر: الاختيار ٦٩/٢، التلقين ٤٢١/٢، منهاج الطالبين ١٧٧/٢، المقنع ١٠٤/٢.

رهناً مكان العين المرهونة التي أعتقها ، وهذا يؤكد معنى اللزوم لعقد الرهن الذي تم بين الطرفين ، حيث ردت القيمة ، وحلت محل العين ، ولو كان الرهن جائزاً لتمكن الراهن من التصرف في المرهون سواء بفسخ العقد دون رضا الراهن ، أو قيامه بما ينقل ملكيته عنه ، ولما أجبر على أن تؤخذ منه قيمة المرهون في حال العتق.

وإن هذا الأثر ليبرز كمال منهج الشريعة الإسلامية ، وضمانها لحقوق الناس ، حيث قفلت الأبواب المفضية للتلاعب ، وإضاعة حقوق أصحاب الديون ، فهذا الأثر المهم لو لم يكن مترتباً على لزوم العقد لسهل على كل مديون أن يرهن ما شاء ، ثم يقوم ببيع العين المرهونة ، فيسلم من الدين أداءً ، وضماناً ، وهذا بلا شك مفوت للمعنى الذي شرع الرهن من أجله ، وهو تمكين صاحب الدين من حقه إذا عجز المديون من السداد ، أو امتنع منه والله أعلم.

المبحث الثالث

أثر لزوم العقد في عقود الإرفاق

يشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول

آثار لزوم العقد العامة في عقود الإرفاق

العقود التي يراد بها الإرفاق هي العقود التي يقصد منها مجرد الإحسان فلا تشتمل على قصد المعاوضة كالبيع ، ونحوه ، وتنحصر هذه العقود في أربعة أنواع :

النوع الأول: القرض:

ووجه الرفق فيه أن صاحب المال يعطي المستدين المال ، وهو لا يريد المتاجرة ، أو الغبن ، وإنما يقصد الإحسان ، والرفق به ، ثم يقوم المستدين برد الدين على حسب ما اتفق عليه الطرفان.

النوع الثاني: العارية:

والرفق فيها مبني على أن المعير يعطي العين لأخيه المسلم ليستفيد من منفعتها على سبيل الإحسان ، ولا يطالب بعوض على ذلك ، كما في الإجارة ، فكان مقصده الرفق محضاً من هذا الوجه.

النوع الثالث: الهبة لغير الثواب:

وفيها يقوم الواهب بإعطاء الموهوب المال بقصد الرفق به ، ولا يرد عوضاً في مقابلها ، فمن الناس من يقصد المحبة ، والتودد لمن وهبه ، ومنهم من يقصد البر ، والصلة كما في هبة الولد لوالده ، أو قريبه ، وغير ذلك من المقاصد التي يقصد منها الإحسان.

النوع الرابع: الوصية:

وفيها يقوم الموصي بمنح الموصى له المال قاصداً بذلك الإحسان لا غير ؛ إذ الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي ، فلا تتأتى فيها المعاوضة فتمحض قصد الرفق فيها.

إذا تقرر ذلك فإن من الآثار التي تترتب على لزوم عقود الإرفاق أن الملك فيها ينتقل إلى المرفق به دون عوض منه، فالعقود التي يراد بها المعاوضة، ينتقل الملك فيها مقابل العوض ، وهذا العوض مقصود من التعاقد، أما هنا فالملك ينتقل دون أن يكون عوض، وإذا وجد العوض فإنه لا يكون مقصوداً، وإنما المقصود الرفق، فالقرض يوجد فيه الرد للعوض الذي قام بدفعه المقرض دون زيادة ، فلم يكن قصده المعاوضة، وإنما الرفق بالمقترض، وفي الهبة لغير ثواب، وكذا الوصية ليس فيهما عوض وإنما فيهما الرفق بالموهوب له، والموصى له، فالملك ينتقل في هذه العقود، دون عوض مالي، وانتقال الملك تارة يكون للذات، وتارة يكون للمنفعة، وبيان ذلك من خلال المقصدين التاليين:

المقصد الأول: انتقال ملكية الذات:

تنتقل ملكية الذات في بعض عقود الإرفاق من المرفق إلى المرفق به، ويكون المرفق ملزَماً بهذا الأثر المترتب على العقد المتفق عليه بين الطرفين.

ففي عقد القرض إذا تم قبضه، فإن المقترض قد ملك ذلك القرض، والواجب عليه رد بدله[1]. وفي عقد الهبة إذا قبض الموهوب الهبة، فإنها تصبح ملكه، وليس لها مقابل، ولا عليه أن يرد بدلها، ويدل على أن الهبة تفيد التملك أن العلماء رحمهم الله وصفوها بكونها موجبة لانتقال الملكية من الواهب إلى الشخص الموهوب له، ويظهر ذلك جلياً من خلال تعريفات العلماء رحمهم الله للهبة بأنها تفيد التملك بغير عوض[2].

وأما الوصية فإن الموصي إذا توفي انتقلت ملكية الموصى به إلى الشخص الموصى

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٥٦٨/٢، المهذب ٣٠٩/١، المقنع ٩٩/٢.

(٢) منهاج الطالبين ٥٣٧/٢، المقنع ٣٣١/٢.

لـه ؛ ولذلك لا تصح الوصية إلا إذا كانت لشخص يملك كما أشار إلى ذلك الإمام الشيرازي رحمه الله[١].

فظهر مما تقدم أن أثر ملكية المرفق به في عقود الإرفاق مترتب على الحكم بلزوم عقدها، وأن هذه الملكية مترتبة على عقد القرض، والهبة، والوصية، والحكم بهذا الأثر عام فيما أقرض، ووهب، ووصى به، فلا يختص بعقار، ولا منقول، ولا بثمن، فجميعها تنتقل ملكيتها للمرفق به، إلا أن عقد الهبة لا يرد فيه الموهوب له ما وهب، لا عينه، ولا بدله، وفي عقد القرض يملك المرفق به التصرف في المال، ولكن على أساس رد بدله، وأما في عقد الوصية، فإن الموصى له يملك المرفق به ملكية مطلقة، ولا يطالب برد بدله.

المقصد الثاني: انتقال ملكية المنفعة:

تنتقل ملكية المنفعة دون العين في عقد واحد من عقود الإرفاق، وهو عقد العارية، فإذا أعار شخص شخصاً عارية، فإن المعار يملك الانتفاع بها إلى المدة المتفق عليها إن كانت محددة المدة، وإلا كان له الانتفاع بقدر المعتاد.

وقد ذكر علماء المالكية رحمهم الله ذلك[٢]؛ لأنهم يرون أن العارية من العقود اللازمة، بخلاف غيرهم ممن جعلها من العقود الجائزة، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك مع أدلة كل قول، والترجيح.

وحيث قلنا بلزومها فإن المستعير يملك الانتفاع بالعارية، إما حسب المتفق عليه، أو حسب المعتاد، فكان انتقال ملكية المنفعة في العارية، وهي من عقود الإرفاق أثراً من الآثار المترتبة على الحكم بلزوم عقدها.

---

(١) المهذب ١/٤٥٨.

(٢) التلقين ٢/٤٣٥، عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٣٥.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في عقود الإرفاق

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: رد البدل:

الرد: هو الإرجاع، ومنه سميت الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه إلى الكفر، يقال رده إلى منزله، ورد إليه جواباً أي أرجعه، واسترد الشيء إذا طلب رده عليه[١].

والبدل هو الخلف، والغير، فبدل الشيء خلفه، وتبديل الشيء تغييره، والأصل في التبديل جعل شيء مكان شيء آخر، ومنه قول الرجل للرجل: اذهب بفلان معك، فيقول: معي رجل بدله: أي رجل يغني غناءه، ويكون مكانه.[٢]

ولما كان المقترض يملك عين القرض الذي أقرضه إياها، ويقصد استخدام ما اقترض في قضاء حوائجه، وهذا يستلزم ذهاب عين المال، فلا يكون في مقدوره إلا أن يرد شيئاً آخر بدلاً عنه مما يماثله في القدر، والنوع، والجنس، فلو أنه اقترض مائة ريال سعودي من فئة ورقة واحدة، فإنه سوف يصرف هذا المائة لما اقترضها من أجله، وإذا أراد رد ما اقترضه فإنه سوف يرد مائة ريال سعودي؛ لكنها ليست نفس عين المائة التي أخذها من المقرض بل مثلها، فربما ردها من فئة ورقة واحدة، أو من ورقتين أو أكثر، فهو إذاً يرد بدل القرض، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لما استقرض البكر من الإبل، رد أفضل منه، ولم يرد عين ما استقرضه، فهذا يدل على أن المقترض ليس بملزم برد عين القرض، وإنما هو ملزم برد مثله، أو أحسن منه إن أراد أن يتكرم، كما فعل عليه الصلاة والسلام، حيث إن سن الخيار الرباعي أفضل من سن البكر من الإبل[٣].

---

(١) لسان العرب ١٥/ ١٧٢.

(٢) المصدر السابق ١١/ ٤٨.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٥/ ٥٤.

وقد وردت نصوص كثيرة عن أهل العلم رحمهم الله تبين هذا الأثر، وتوضح أن على المقترض أن يرد بدل المال الذي استقرضه، وليس بملزم برد عينه.[١] فالمذاهب الأربعة متفقة على إلزام المقترض برد القرض، وأنه ملزم برد بدله، ومثله، وليس بملزم برد عين المال الذي استقرضه .

المقصد الثاني: رد ذات العين:

يظهر هذا الأثر في عقد العارية، فالمستعير إذا انتهت حاجته من العارية يقوم برد عين العارية إذا كانت باقية، فلو أن إنساناً استعار سيارة لركوبها، أو منزلاً ليسكنه، أو أداة ليستخدمها أو غير ذلك فإنه يعيد ما استعاره بعد انتهائه من العين المستعارة إذا كانت باقية العين.

والحكم بوجوب رد المستعير لما استعاره لا خلاف فيه بين أهل العلم رحمهم الله، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: «ويجب رد العارية إذا كانت باقية بغير خلاف»[٢]اهـ.

هذا إذا كانت العارية على الحالة التي استعارها من المعير، أما إذا تعرضت العارية للهلاك، والتلف فليس في مقدور المستعير أن يرد ذات العين التي استعارها، فهل يلزم المستعير أن يضمن هذه العارية للمعير، أم أنه غير ملزم بذلك؟هذا ما سوف يكون الحديث عنه في المقصد التالي.

المقصد الثالث: الضمان:

سبق في المقصد السابق أن المستعير بعد قضاء غرضه من تلك العارية فإنه يقوم بردها إلى المعير بعينها، فلو استعار سيارة لمدة شهر مثلاً فإنه سوف يردها إلى من

---

(١) بدائع الصنائع ٣٩٦/٧، عقد الجواهر الثمينة ٥٦٨/٢، المهذب ٣١١/١، المقنع ٩٩/٢.

(٢) المغني ٣٤١/٧، ينظر: الاختيار ٥٥/٣، المعونة ١٢٠٨/٢، المهذب ٣٧٠/١.

أعاره إياها بذاتها، لكن لو فرض أن هذه العين قد هلكت في يد المستعير فهل يده يد أمانة فلا يضمن، أم أن يده يد ضمان فيلزمه الضمان لهذه العارية؟.

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في أن المستعير إذا كان فرط في حفظ العارية فتلفت فإنه ضامن لهذه العارية، وعليه أن يدفع لمن أعاره بدلاً عنها[١].

أما إذا كان تلف العارية لم يكن عن تفريط من المستعير، ولا تعدي، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستعير يضمن العارية مطلقاً، وهو مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وأحد قولي الإمام مالك[٤]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن المستعير لا يضمن إذا لم يكن منه تعدي، وهو مذهب الحنفية[٥]، رحمهم الله.

القول الثالث: أن المستعير لا يضمن ما يظهر هلاكه إلا بالتعدي، ويضمن ما يخفى هلاكه إلا أن تقوم بينة على عدم تعديه، وهو مذهب المالكية[٦]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يضمن المستعير مطلقاً) استدلوا بالنقل والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان:

---

(١) الهداية ٣/ ٢٢٠، عقد الجواهر الثمينة٢/ ٧٣٣، الحاوي الكبير ٧/ ١١٨، المغني ٧/ ٣٤١.

(٢) الحاوي الكبير ٧/ ١١٨، روضة الطالبين ٤/ ٤٣١.

(٣) المغني ٧/ ٣٤١، كشاف القناع ٤/ ٧٠.

(٤) بداية المجتهد ٥/ ٣٢٢، عقد الجواهر الثمينة٢/ ٧٣٣.

(٥) الهداية ٣/ ٢٢٠، العناية شرح الهداية ٩/ ٨.

(٦) المعونة ٢/ ١٢٠٩، بداية المجتهد ٥/ ٣٢٢.

الأول: حديث سمرة بن جندب ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)**[(١)].

وجه الدلالة: أن قوله ﷺ: **(على اليد ما أخذت)** دال على الإلزام بالضمان، فألزم عليه الصلاة والسلام كل من أخذ شيئاً بضمانه، ورده، دون تفريق بين التفريط، وعدمه في حال تلفه، والعارية داخلة في هذا العموم، فيلزم ضمانها مطلقاً سواء تلفت بتفريط من المستعير، أو بغير تفريط.[(٢)]

الثاني: حديث صفوان بن أمية ﷺ أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال ﷺ: **(بل عارية مضمونة)**[(٣)].

وجه الدلالة: أنه ﷺ وصف العارية بالضمان بياناً لحكمها عند جهل صفوان ﷺ بهذا الحكم، فدل هذا على أن ضمان العارية على المستعير دون تفريق بين حال وأخرى[(٤)].

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند٥/٨، وأبو داود ٢٩٦/٣، وفيه: (ثم إن الحسن نسي فقال: هو أمينك لا ضمان عليه) اهـ، والترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح ٤٦٦/٣، وابن ماجة ٨٠٢/٢، والحاكم في المستدرك وقال: [هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه] اهـ ٤٧/٢، والبيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٦، وقال ابن التركماني رحمه الله: [لم يسمع الحسن من سمرة هذا الحديث.. وإذا لم يدل الحديث على الضمان فلم يخالفه الحسن في قوله: لا ضمان عليه، ولم ينسه أيضاً] اهـ الجوهر النقي لابن التركماني٦/٩٠، وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله: [والحسن مختلف في سماعه من سمرة] اهـ، التلخيص الحبير لابن حجر٣/٦٠، وضعفه الشيخ الألباني رحمه الله في إرواء الغليل٥/٣٤٨.

(٢) الحاوي الكبير ١١٩/٧.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٤٠١/٣، وأبو داود ٢٩٦/٣، والدارقطني ٣٩/٣، والحاكم في مستدركه وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ٤٧/٢، والبيهقي في السنن الكبرى وقال: وبعض هذه الأخبار و إن كان مرسلاً فإنه يقوى بشواهده ٨٩/٦، التلخيص الحبير ٦٠/٣ وفيه: " و أعل ابن حزم، وابن القطان طرق هذا الحديث " وصححه الألباني وقال: " وبالجملة فالحديث صحيح بمجموع هذه الطرق " إرواء الغليل ٣٤٤/٥.

(٤) الحاوي الكبير ١١٩/٧.

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن العارية عين تفرد المستعير باحتباسها لنفسه، من غير استحقاق، فوجب أن تكون من ضمانه؛ كالقرض.

الوجه الثاني: أن العارية مضمونة الرد، فوجب أن تكون مضمونة العين؛ كالغصب[١].

دليل القول الثاني:

(لا يضمن المستعير) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ﷺ أن النبي ﷺ قال: **(ليس على المستعير غير المُغِلّ[٢] ضمان)**[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نفى الضمان عن المستعير الذي لم تكن منه خيانة، أو غلول.

أما دليلهم من العقل فقالوا: لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان، كالوديعة، والإجارة.[٤]

دليل القول الثالث:

(التفريق بين ما يظهر هلاكه بالتعدي وبين ما لا يظهر) استدلوا على تفريقهم ذلك بالنقل، والعقل.

---

(١) الحاوي الكبير ١١٩/٧، المغني ٣٤١/٧.

(٢) إما من الإغلال وهو الخيانة، أو من المستغل، وأراد به القابض؛ لأنه بالقبض يكون مستغلاً. النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣٨١/٣.

(٣) أخرجه الدارقطني وقال: عمرو عبدالجبار، وعبيدة بن حسان ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع ٤١/٣، والبيهقي في السنن الكبرى وجعله من قول شريح رحمه الله، ٩١/٦.

(٤) بدائع الصنائع ٢١٧/٦.

أما دليلهم من النقل: فهو الجمع بين الأدلة المتقدمة من حديث صفوان ﷺ وعمرو بن شعيب رحمه الله، فحملوا حديث صفوان ﷺ المتضمن الضمان على ما يخفى هلاكه، وحديث عمرو بن شعيب رحمه الله المتضمن عدم الضمان على مالا يخفى هلاكه[١].

أما دليلهم من العقل فقالوا: أما ما يظهر هلاكه، ولا يكاد يخفى؛ فلأنه قبضه لاستيفاء منفعة، فلم يضمن تلفه؛ كالعبد المستأجر، والدار، أما ما لا يظهر هلاكه، وإنما يخفى فلأن أصله مأخوذ على الضمان، لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله.[٢]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بتضمين المستعير مطلقاً؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدلوا به من النقل، العقل.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من النقل وهو حديث عمرو بن شعيب رحمه الله فيجاب عنه بعدم التسليم بصحة رفع الحديث عن رسول الله ﷺ، وإنما هو من قول شريح رحمه الله، وقد سبق بيان ذلك في تخريج الحديث.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بجوابين:

الأول: أن هذا قياس في مقابلة النص وهو حديث صفوان ﷺ، فيكون هذا القياس فاسد الاعتبار.

الثاني: أننا نقلب هذا القياس فنقول: إن العارية لم يزل ملك صاحبها عنها، فوجب أن تكون من ضمان من تعجل الانتفاع بها كالإجارة، والوديعة[٣].

---

(١) المعونة ٢/١٢٠٩، بداية المجتهد ٥/٣٢٤.

(٢) المعونة ٢/١٢٠٩.

(٣) الحاوي الكبير ٧/١١٩.

رابعاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالجمع بين الحديثين فيجاب عنه بأن الجمع إنما يكون بين حديثين ثابتين، والواقع أن حديث عمر بن شعيب حديث ضعيف.

خامساً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأن هذا قياس في مقابلة النص وهو حديث صفوان رضي الله عنه، فيكون هذا القياس فاسد الاعتبار.

وبهذا يظهر أن ضمان العارية عند هلاكها يكون على المستعير، فكان هذا الضمان أحد الآثار الخاصة في العقود التي يقصد بها الرفق.

المبحث الرابع

أثر لزوم العقد في عقد النكاح وفروعه

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

أثر اللزوم في عقد النكاح

يشتمل هذا المطلب على سبعة مقاصد :

المقصد الأول: المهر:

المهر: الصداق وهو العوض الذي يبذله الزوج عند عقد النكاح، من أجل نكاح المرأة[١]، وقد دل على أحقية المرأة للمهر قول الله تعالى : ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾ [النساء: ٤]، كما أن حديث بروع بنت واشق رضي الله عنها يدل على ذلك، فقد توفي عنها زوجها فقضى رسول الله ﷺ لها بمثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة[٢]. فقد دلت الآية الكريمة، والحديث الشريف على أن المهر حق واجب للمرأة بموجب عقد النكاح، ويجب للمرأة بالعقد، فإن دخل بها الزوج استقر ملكها له، وهكذا إذا مات أحدهما قبل الدخول[٣]. فالزوجة تملك الصداق المسمى بالعقد عليها، فإن رأت أن لا تسلم نفسها إلا بعد استلامها لصداقها فلها ذلك، فإن حقها في ذلك الصداق لا يتعين إلا بقبضها له، فإذا طالبت الزوجة بالصداق فإن على

---

(١) لسان العرب ١٨٤/٥، المطلع ٣٢٥.

(٢) أخرجه أبو داود ٢٣٧/٢، و الترمذي، وقال: (حديث حسن صحيح) ٤٥٠/٣، والنسائي ١٢١/٦، التلخيص الحبير لابن حجر٢١٦/٣، ونقل عن ابن حزم رحمه الله أنه قال: (لا مغمز فيه لصحة إسناده) اهـ.

(٣) بدائع الصنائع ٢٨٧/٢، المعونة٧٥٤/٢، المهذب ٥٨/٢، المقنع ٨٣/٣.

الزوج أن يقوم بتسليمه لها.قال الإمام ابن المنذر رحمه الله : «أجمعوا أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها»[١]اهـ.

واستقرار ملك الزوجة للصداق كله بدخول زوجها عليها ، أو موته ، أمر متفق عليه فقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على ذلك القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله حيث يقول : «واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول ، أو الموت ، أما وجوبه كله بالدخول ؛ فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ [النساء : ٢٠]، وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً إلا انعقاد الإجماع على ذلك»[٢]اهـ.

وقد ذكر العلماء رحمهم الله الدليل المسموع الدال على ثبوت المهر للمرأة بالموت وهو حديث بروع بنت واشق رضي الله عنها فقد توفي عنها زوجها فقضى رسول الله ﷺ لها بمثل صداق نسائها ، ولها الميراث ، وعليها العدة. فقد دل هذا الحديث الشريف على أن المهر يجب بوفاة الزوج ، ولو لم يحصل الدخول ، ما دام توفي ، وهي في عصمته.

وعلى هذا فإن المرأة تملك الصداق بالعقد عليها ، فإن حصل دخول ، أو وفاة استقر ملكها للصداق كاملاً ، لكن إذا حصل طلاق قبل الدخول بها ، فإن لها نصف ذلك الصداق ، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله.

قال ابن رشد رحمه الله : «واتفقوا اتفاقا مجملاً أنه إذا طلق قبل الدخول ، وقد فرض صداقاً ، أنه يرجع عليها بنصف الصداق ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧]»[٣]اهـ.

---

(١) الإجماع لابن المنذر ٩١.

(٢) بداية المجتهد ٤/٢٤٢.

(٣) بداية المجتهد ٤/٢٤٣.

فحصل من هذا أن من آثار لزوم العقد في النكاح ملك الزوجة للمهر بموجب العقد، فإن دخل بها، أو توفي عنها استقرت ملكيتها للصداق كاملاً، وإن طلقها قبل دخوله بها أخذت نصفه، ولو كان عقد النكاح غير لازم؛ لما استقر ملكها على نصف المهر قبل الدخول.

المقصد الثاني: النفقة[1]:

لما كانت المرأة تحت قوامة الرجل، فلا تخرج بغير إذنه، فللرجل حبسها في بيته، ومنعها من الخروج، والتبرج، وإذا كانت المرأة محبوسة على خدمة بيتها، كان من الطبعي أن يلزم الرجل بالنفقة عليها، والكسوة لها.

ووجوب هذه النفقة على الزوج قد دل عليه الكتاب، والسنة، والعقل.

أما الكتاب فقد وردت آيات كثيرة في وجوب النفقة على الزوجات، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، فقد أمر سبحانه بأن يسكن الرجال نساءهم، وهذا الأمر بالإسكان يقتضي الإنفاق؛ ذلك أنها لا تتمكن من الخروج للكسب؛ لكونها عاجزة بأصل الخلقة، لضعف بنيتها، ولاحتياجها لإذن زوجها وقال سبحانه: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾ [الطلاق: ٧]، فهذه الآية الكريمة نصت على وجوب النفقة على الزوج لزوجته، وبينت أن هذه النفقة بقدر سعته، وطاقته، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها[2].

وأما السنة فحديث عائشة رضي الله عنها أن هند رضي الله عنها قالت لرسول الله ﷺ: (خذي أنتِ وبنوك ما يكفيك بالمعروف)[3]، فقد أجاز ﷺ للزوجة أن تأخذ

(١) النفقة هي الدراهم، ونحوها من الأموال، سميت بذلك إما لشبهها بذهابها بالموت، وإما لرواحها، من نفق السوق. المطلع ٣٥٢.

(٢) بدائع الصنائع ٢/٣٣٢.

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/٣٦، صحيح مسلم ٥/١٢٩.

من مال زوجها إذا قصر في نفقتها، وأن هذا الأخذ يجوز أن يكون بدون علم الزوج، فدل على ثبوت استحقاقها للنفقة على الزوج.

وأما العقل فقالوا: إن الزوجية عقد على منافع، والنفقة في مقابل استدامة تلك المنافع، ولأن النفقة جزاء الاحتباس، حيث تكون المرأة رهن بيت زوجها، لخدمة الزوج وأولاده، والقيام بحقوقه[١].

فإذا تم عقد النكاح، وحصل تمكين الزوج من زوجته فإن النفقة تجب عليه، أما إذا لم يُمَكَّن الزوج من زوجته، فإنه لا نفقة لها عليه؛ لأن النفقة في مقابل الاستمتاع، والمنفعة، كما قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وهذا الأثر المترتب على لزوم عقد النكاح، قد اتفق أهل العلم رحمهم الله عليه فقد نقل الإجماع الإمام ابن المنذر رحمه الله فقال: «أجمعوا على أن الرجل إذا تزوج المرأة فلم يدخل بها فإن كان الحبس من قبلها، فلا ينفق عليها وإن كان من قبله فعليه النفقة»[٢].

وعلى هذا فإن ترتب هذا الأثر على عقد النكاح موقوف على تمكين أهل الزوجة للزوج من الدخول على زوجته بإجماع أهل العلم رحمهم الله، يؤيد هذا ما ورد في كتب الفقهاء رحمهم الله من النص على وقوف هذا الحق على التمكين[٣].

ومما يؤكد أن النفقة من آثار لزوم العقد ما ذهب إليه الجمهور من أهل العلم[٤] رحمهم الله من أن الزوج إذا أعسر بالنفقة، فإن للزوجة أن تطلب الفراق، فيفرق بينهما.

---

(١) المعونة ٢//٧٨٢، الهداية ٢/٣٩.

(٢) الإجماع لابن المنذر ٩٧.

(٣) الهداية ٢/٣٩، بدائع الصنائع ٢/٣٣٢، الاختيار ٤/٥، المعونة ٢/٧٨٢، عقد الجواهر الثمينة ٢/٢٩٧، الذخيرة ٤/٤٦٥، المهذب ٢/١٦٠، مغني المحتاج ٣/٥٥٤، مختصر الخرقي١٠٣، التوضيح ٣/١١٢٧، ١١٢٩.

(٤) بداية المجتهد ٤/٣٠٥، منهاج الطالبين ٣/٥٦٣، مختصر الخرقي١٠٣.

فظهر أن النفقة على الزوجة من آثار لزوم عقد النكاح، إذا مُكّن الزوج من استمتاعه بزوجته، أما إذا لم يتمكن بسبب من الزوجة، أو أوليائها، فإنه لا تلزمه النفقة.

المقصد الثالث: حل الاستمتاع[1]:

للزوج بموجب عقد النكاح أن يستمتع بزوجته، ويقضي وطره وفق الضوابط الشرعية، وقد دل على ذلك الكتاب، والسنة، والعقل.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المعارج: ٢٩-٣٠]، فقد نفى سبحانه وتعالى اللوم عمن استمتع بزوجته، فدل على حل الوطء، واستمتاع كل منهما بالآخر[2].

وأما السنة: فقوله ﷺ: **(اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان لا يملكن شيئاً، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)**[3]. فقد بين عليه الصلاة والسلام حل الاستمتاع بالنساء بموجب عقد النكاح، فإذا وجد العقد فإن الاستمتاع يكون حلالاً.

وأما العقل فإن النكاح هو الضم، والتزويج، فيقتضي في النكاح الشرعي الانضمام والازدواج، ولا يتحقق إلا بحل الوطء، والاستمتاع[4]. وقد صرح كثير من أهل العلم رحمهم الله بهذا الأثر للنكاح[5].

---

(١) الاستمتاع: استفعال من الفعل متع، وقد ذكر الله المتاع، والتمتع، والاستمتاع في مواضع من كتابه، ومعانيها وإن اختلفت راجعة إلى أصل واحد، وهو كل شيء ينتفع به، ويتبلغ به، ويتزود. لسان العرب ٣٢٩/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣١/٢.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٤١/٤.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣١/٢.

(٥) بدائع الصنائع ٣٣١/٢، الذخيرة ٤١٦/٤، الوجيز ٢١/٢، مغني المحتاج ١٧٤/٣، المقنع ١٠٢/٣، المغني ٤٩٦/٩.

فحل الاستمتاع أثر مقصود من النكاح، وهو من آثار لزومه، ولذا رتب الشرع على عدم امتثال المرأة لذلك الوعيد الشديد، وما ذاك إلا لعظم هذا الحق، فعن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلم تأته، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح)**[1] فليس للمرأة أن تمتنع من القيام بهذا الحق، وإلا حلت عليها لعنة الملائكة، كما أن الزوج ليس له أن يماطل في هذا الحق لزوجته، فليس له أن يمتنع عن الوطء أكثر من أربعة أشهر، فبعد هذه المدة إما أن يطأ زوجته، وإما أن يطلقها، كما قال تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فكان هذا الأثر لكل من الزوجين، فإذا امتنع عنه أحدهما، فلم يقم به، ترتبت عليه اللعنة للزوجة، ووجوب الطلاق على الزوج.

المقصد الرابع: القوامة[2] على الزوجة:

للرجل على زوجته حق القوامة، وهو يقتضي إمساك الزوج لزوجته في بيته، ومنعها من الخروج إلا بإذنه، وأن الزوجة تكون تحت طاعة زوجها، فتقبل أمره، ولا تعصيه؛ وذلك امتثالاً لقول المولى سبحانه وتعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤] فقوله تعالى ﴿قَوَّٰمُونَ﴾ جمع قوَّام، وهي صيغة مبالغة من القيام على الشيء، والاستبداد بالنظر فيه، وحفظه بالاجتهاد، ويكون ذلك بقيام الرجل بتدبير المرأة، وتأديبها، وإمساكها في بيتها، ومنعها من البروز[3]، فالرجل هو رئيس المرأة وكبيرها، والحاكم عليها، ومؤدبها إذا اعوجت[4]، يقول حبر هذه الأمة عبد الله بن

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٤/١٥٧.
(٢) القوامة مأخوذة من القيام، وهو هنا بمعنى المحافظة والإصلاح .لسان العرب لابن منظور١٢/٤٩٧.
(٣) المحرر الوجيز٤/٤٠، الجامع لأحكام القرآن ٥/١٦٩، تفسير القرآن العظيم ٢/٢٥٦.
(٤) تفسير القرآن العظيم ٢/٢٥٦.

عباس رضي الله عنهما: (الرجال أمراء على النساء)[1]، وأما طاعة المرأة لزوجها فإن الذي يدل عليه ما ورد في آخر الآية السابقة وهي: ﴿فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ﴾ [النساء: ٣٤]، فقنوت المرأة: هو الطاعة لزوجها قاله غير واحد[2].

يقول الإمام أبو عبد الله القرطبي رحمه الله: «هذا كله خبر، و مقصوده الأمر بطاعة الزوج، والقيام بحقه في ماله، وفي نفسها في حال غيبة الزوج»[3]اهـ.

وقد جعل المولى سبحانه للأزواج حق القيام بتأديب الزوجات حال النشوز، والعصيان فقال تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]، فالزوج الذي يخاف عصيان امرأته له، وتعاليها عليه عما أوجب الله عليها من طاعة زوجها، أمره الله بوعظ زوجته، وهجرها، فإن لم ينفع ذلك معها كان له أن يضربها؛ حتى تطيعه، وتسمع أمره، وهذا من أكبر ما يدل على حق القوامة للرجل على المرأة[4].

وقد أكدت السنة حق الزوج في القوامة على زوجته، حيث جعلت الإذن بخروج المرأة من بيتها موقوفاً على الزوج، حتى في حال خروجها لشهود الصلاة مع الجماعة، ففي حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً إلى النبي ﷺ قال: **(إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى المسجد فلا يمنعها)**[5].

وقد تحدث الفقهاء رحمهم الله عن حق الرجل في القوامة، التي تشمل ملك الحبس في البيت، ووجوب الطاعة، وحقه في تأديب زوجته إذا هي عصته[6].

---

(١) المحرر الوجيز ٤/ ٤١، تفسير القرآن العظيم ٢/ ٢٥٦.
(٢) تفسير القرآن العظيم ٢/ ٢٥٦.
(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ١٧٠.
(٤) المحرر الوجيز ٤/ ٤١، تفسير القرآن العظيم ٢/ ٢٥٦.
(٥) متفق عليه، واللفظ لمسلم، صحيح البخاري ١/ ٢١٦، صحيح مسلم ٢/ ٣٢.
(٦) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣١، الكافي لابن عبد البر٢/ ٥٦٣، روضة الطالبين ٧/ ٣٤٤، المقنع ٣/ ١٠٦.

فمن آثار اللزوم في عقد النكاح أن للزوج حق القوامة على زوجته، والقوامة تشمل طاعة الزوج في المعروف، والقيام بحقه، كما تشمل حق تأديبه لزوجته، إذا هي لم تطع أمره، وبدا منها علامات النشوز، فتصبح طاعة المرأة لزوجها، ولزومها لبيته، وقيامها بحقوقه لازمة عليها كأثر من آثار عقد نكاحها.

المقصد الخامس: ثبوت المحرمية[1]:

ليس كل امرأة يجوز للرجل أن يتزوجها، بل هناك من النساء من تحرم على الرجل أن ينكحها، وللتحريم أسباب تعتبر أثراً من آثار لزوم عقد النكاح، ويظهر ذلك في ثبوت المحرمية بالمصاهرة، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله تعالى المحرمات من جهتها، وهن سبع، وقد دلت الأدلة من الكتاب أو السنة على تحريمهن، إلا أنهن ينقسم حكمهن في التحريم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: من يحرمن بالعقد تحريم تأبيد: وهن أم الزوجة، وزوجة الأب، وزوجة الابن.

القسم الثاني: من يحرمن بالعقد تحريم جمع: وهن أخت الزوجة، عمة المرأة، وخالة المرأة.

القسم الثالث: من تحرم بالعقد تحريم جمع: وبالدخول تحريم تأبيد: وهي بنت الزوجة، فإذا عقد على امرأة حرمت ابنتها تحريم جمع، فإذا دخل بالأم حرمت عليه ابنتها تحريم تأبيد، وكذلك بنت بنتها، وبنت ابنها، سواء كانت في حجره أم لم تكن، وهو قول عامة الفقهاء.[2]

وبهذا يظهر تأثير عقد النكاح في تحريم بعض النساء وهن السبع المذكورات، فيحرم منهن بمجرد العقد ست، وبالعقد والدخول واحدة.

---

(١) هي مأخوذة من حرم، والمَحْرَم: ذات الرحم في القرابة، أي لا يحل تزويجها، تقول: هو ذو رحم مَحْرَم، وهي ذات رحم مَحْرَم. لسان العرب لابن منظور١٢/١٢٣.

(٢) الإشراف ١/٧٧، الاختيار ٣/٨٥، المعونة ٢/٨١٥، الحاوي الكبير ٩/٢٠١، المغني ٩/٥١٦.

المقصد السادس: التوارث[١]:

يعتبر الإرث من الآثار المترتبة على لزوم عقد النكاح، إذا توفي أحدهما بعد العقد، وإن لم يحصل دخول، ولذلك أعتبر النكاح من أسباب الإرث في الشريعة الإسلامية.

وقد دل على هذا الأثر لعقد النكاح دليل الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى في آية المواريث: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [النساء: ١٢] وقوله سبحانه: ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾ [النساء: ١٢].

وأما السنة: فحديث بروع بنت واشق رضي الله عنها، فقد توفي عنها زوجها فقضى رسول الله ﷺ لها بمثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة.

فقد جعل لها الرسول ﷺ الميراث من زوجها الذي توفي عنها، ولم يدخل بها.

وأما الإجماع فقد نقل الإمام ابن المنذر رحمه الله إجماع أهل العلم رحمهم الله على التوارث بين الزوجين، و بين الحالات الأربع وهي ميراث الزوج لنصف مال زوجته إذا لم يكن لها ولد، وميراثه لربع مال زوجته إذا كان لها ولد، وميراث الزوجة لربع مال زوجها إن لم يكن له ولد، وميراثها لثمن مال زوجها إن كان له ولد[٢].

وميراث كل من الزوجين للآخر بموجب العقد وإن لم يحصل دخول هو من أقوى الأدلة التي تدل على لزوم عقد النكاح بمجرد التلفظ به، فالتوارث أحد الآثار التي تترتب على لزوم عقد النكاح، وهو أثر يشترك فيه كل من الطرفين، فكل منهما يرث صاحبه إذا توفي، وعقد الزوجية قائم بينهما.

---

(١) مأخوذ من ورث، يرث، وراثة، وميراثاً، إذا مات مورثك، فصار ماله لك، والتراث ما يخلفه الميت لورثته. لسان العرب ٢٠١/٢، المطلع ٢٩٩.

(٢) الإجماع لابن المنذر ٨١، ينظر: بدائع الصنائع ٣٣٢/٢، الاختيار ٨٦/٥، المعونة ٧٦/٢، منهاج الطالبين ٦/٣.

المقصد السابع: القسم[1] بين الزوجات:

إذا كان للرجل أكثر من امرأة، فإنه يجب عليه أن يقسم بينهن بالعدل في المبيت، والنفقة، والكسوة، وهذا القسم إنما يكون بعد تمكين الرجل من زوجته، أما قبل ذلك فإنه لا قسم لها، ووجوب القسم بين الزوجات متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله، ونقل الإجماع على ذلك القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله بقوله: «وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم..»[2]اهـ.

ومستند إجماع أهل العلم رحمهم الله على وجوب العدل في القسم بين الزوجات الكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

ووجه الدلالة: أن المولى سبحانه أمر بمعاشرة النساء بالمعروف، ومن المعروف العدل بين الزوجات، والمساواة بينهن.

وأما السنة: فقد دلت بقوله، وفعله ﷺ، أما قوله فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (**إذا كان عند الرجل امرأتان، فلم يعدل بينهما، جاء يوم القيامة وشقه ساقط**)[3].

وأما فعله ﷺ فحديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل..)[4].

---

(١) القَسْم: مصدر قسم الشيء، يقْسِمه، قسْماً، فانقسم، والقِسم نصيب الإنسان من الشيء، فالرجل يعطي كل زوجة من زوجاته نصيبها من النفقة، والمبيت، وغير ذلك. لسان العرب لابن منظور ١٢/٤٧٨.

(٢) بداية المجتهد ٤/٣١٢، ينظر بدائع الصنائع ٢/٣٣٢، عقد الجواهر الثمينة ٢/١٢٩، المهذب ٢/٦٨، التوضيح ٣/١٠١٠.

(٣) أخرجه أبو داود ٢/٢٤٢، والترمذي ٣/٤٤٧، والنسائي ٧/٦٤، وابن ماجة ١/٦٣٣.

(٤) أخرجه أبو داود ٢/٢٤٢، والترمذي ٣/٤٤٦، والنسائي ٧/٦٣، وابن ماجة ١/٦٣٣.

وقد نص أهل العلم رحمهم الله على وجوب القسم بينهن، وذكروا كثيراً من أحكام القسم، فقلما تجد كتاباً، إلا وفصَّل في أحكام عشرة النساء بما فيها القسم بينهن، ونصوصهم تدل على أن العدل بين النساء واجب على من كان تحت يده أكثر من امرأة[1].

فمن حق المرأة على زوجها أن يعدل، بأن يقسم لها مثل ما يقسم لزوجاته الأخريات، ويعتبر هذا الحق أثراً من الآثار المترتبة على لزوم عقد النكاح، وليس المراد بالقسم الوطء فقط، بل هو المبيت؛ ولذا يجب للمرأة، ولو كانت لا توطأ كالنفساء، والحائض، والمريضة[2].

فلذا يجب على المسلم الذي عنده أكثر من زوجة، أن يعدل بين نسائه، امتثالاً لأمر الله تعالى، ورسوله ﷺ، واقتداءً به عليه الصلاة والسلام.

المطلب الثاني

أثر لزوم العقد في فروع النكاح

يشتمل هذا المطلب على أربعة مقاصد:

المقصد الأول: وقوع الفرقة البائنة بين الزوجين:

من الآثار التي تنبني على لزوم عقدي الخلع والطلاق بعوض وقوع الفرقة بين الزوجين، حيث ينحل عقد الزوجية بينهما فتعود الزوجة محرمة على زوجها، وينفسخ العقد، وهذه الفرقة تكون بائنة، فلا يحق للزوج أن يراجع زوجته، وإذا تراضيا على الزواج فإنه يكون بعقد، ومهر جديدين، فالمرأة حينما تبذل العوض فإنها تقصد إزالة الضرر عنها، فلو قيل بأحقية الزوج في مراجعة تلك المرأة لكان فيه

---

(١) الهداية١/٢٢٢، الاختيار٣/١١٦، الذخيرة ٤/٤٥٤، حاشية الدسوقي٢/٣٣٩، منهاج الطالبين ٣/٣٢٠، المقنع ٣/١٠٨، كشاف القناع ٥/١٩٨.

(٢) المهذب ٢/٦٨.

تبقية للضرر، وحينئذ يكون الزوج قد جمع بين العوض، والمعوض عنه، فالعوض ما دفعته له الزوجة، والمعوض عنه بقاء الزوجية[(١)].

وقد دلت السنة على حصول الفرقة بالخلع كما في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شمّاس إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ما انقم على ثابت في دين، ولا خلق إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله ﷺ **(فتردين عليه حديقته؟)** قالت: نعم، فردت عليه، وأمره ففارقها[(٢)].

فأمر النبي ﷺ ثابتاً أن يفارق زوجته، حينما استعدت برد ما أصدقها، فدل هذا على أن الخلع تحصل به الفرقة بين الزوجين، وقد بين أهل العلم رحمهم الله هذا الأثر[(٣)].

وهكذا الطلاق بعوض فإن الفرقة تكون فيه بائنة، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله أن الفرقة المترتبة على الطلاق بعوض تكون طلقة بائنة[(٤)].

فالفرقة البائنة تقع بين الزوجين بالخلع، والطلاق بعوض، وأنها تعتبر أثراً من الآثار المترتبة على لزوم العقد فيهما.

المقصد الثاني: التسليم للعوض:

لما كان كل من الخلع والطلاق بعوض لا يتم إلا بعوض يقدم من الزوجة مقابل فراق الزوج لها فإن الزوجة تكون ملزمة بتسليم ما تم العقد عليه من عوض لزوجها الذي خالعها، أو طلقها؛ لأن هذا العوض مقصود للزوج مقابل فراقه لزوجته، ولهذا نص أهل العلم رحمهم الله على العوض في تعريفهم للخلع[(٥)].

---

(١) المعونة ٢/٨٧١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٦/١٧٠.

(٣) الاختيار٣/١٥٦، المعونة ٢/٨٧١، المهذب ٢/٧٥، المقنع ٣/١١٧.

(٤) بدائع الصنائع ٣/١٠٩، عقد الجواهر الثمينة ٢/٢١٠، روضة الطالبين ٧/٣٩٧، المقنع ٣/١٢٤.

(٥) الاختيار ٣/١٥٦، عقد الجواهر الثمينة ٢/١٣٧، منهاج الطالبين ٣/٣٣٥، الإقناع ٣/٢٥٢.

وكما نص العلماء رحمهم الله على وجود المعاوضة على الخلع، والطلاق بعوض نصوا على أن الزوجة تكون ملزمة بدفع ذلك العوض كأثر من الآثار المترتبة على التعاقد على حل عصمة النكاح بالخلع، والطلاق المبني على عوض[١].

فتبين أن المرأة، أو من التزم بالعوض على الخلع، أو الطلاق يعتبر ملزماً بدفع ذلك العوض إذا حصل الخلع، أو الطلاق، وأن هذا الإلزام بدفع العوض يعتبر أثراً من الآثار المترتبة على لزوم عقد الخلع، والطلاق بعوض.

المقصد الثالث: انتقال ملكية العوض في الخلع، والطلاق:

المراد بانتقال ملكية العوض أن الزوج يصبح مالكاً لما بذلته الزوجة، أو غيرها من عوض، فله أن يتصرف فيه بما يريد، إذ هو ملك له، وتحت تصرفه، فحينما تبذل الزوجة العوض لزوجها لأجل الخلع أو الطلاق، فإن العوض المبذول تنتقل ملكيته إلى الزوج كما نص على ذلك أهل العلم رحمهم الله.

وفي ذلك يقول الإمام الكاساني رحمه الله: «وكذلك إذا كان مقروناً بعوض وهو الخلع ببدل، والطلاق على مال..، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول، وهو مالها، فتملك هي العوض الآخر، وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك إلا بالبائن» اهـ[٢].

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي رحمه الله: «والعوض في الخلع، كالعوض في الصداق، والبيع إن كان مكيلاً أو موزونًا أو معدوداً أو مذروعًا لم يدخل في ضمان الزوج، ولا يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن تلف قبله فله عوضه...»[٣].

---

(١) الاختيار ١٥٦/٣، الكافي لابن عبدالبر٥٩٤/٢، عقد الجواهر الثمينة ١٤٠/٢، المهذب ٧٥/٢، منهاج الطالبين ٣٤٧/٣، المغني٣٠٦/١٠، المقنع ١٢٤/٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٠٩/٣، ينظر: القوانين الفقهية ٢٣٧، المهذب ٧٤/٢.

(٣) الإقناع ٢٥٦/٣.

وعلى هذا فإن أثر انتقال ملكية العوض في الخلع، والطلاق يكون بمجرد العقد في غير المكيل، والموزون، والمعدود، والمذروع، ويكون فيها بالقبض، فظهر أن الخلع والطلاق بعوض يملك الزوج فيهما العوض الذي بذلته الزوجة حتى تحصل على فراق زوجها، وتنهي به عقد النكاح الذي بينهما، ولو لم يكن ذلك أثراً لما اشترط أن يكون العوض صالحاً للتملك، فإذاً ملك العوض من الآثار التي تترتب على لزوم عقد الخلع، والطلاق بعوض.

المقصد الرابع: شغل الذمة بعوض الخلع، والطلاق:

تقدم أن الزوجة ملزمة بتسليم العوض الذي بذلته مقابل فراق زوجها لها، وأن الزوج يملك هذا العوض إذا خالعها، أو طلقها، أما إذا كانت الزوجة لم تسلم العوض، واتفقت مع زوجها على تأجيله، وتعجيل طلاقها، فإنه يترتب على هذا التعاقد أن ذمة الزوجة تكون مشغولة بذلك العوض المؤجل، ويكون حكمه حكم الدين، وقد قرر العلماء رحمهم الله صحة الخلع، والطلاق بالعوض المؤجل، ونصوا على شغل ذمتها، وذمة من التزم بذلك العوض[1].

فذمة الزوجة، أو من ألتزم بذلك العوض مشغولة به للزوج، ويكون شغلها على هذا الوجه أثراً من الآثار المترتبة على لزوم عقد الخلع، والطلاق بعوض.

(١) الاختيار ١٥٦/٣، الكافي لابن عبدالبر ٥٩٤/٢، التنبيه ١٧١، المغني ٣٠٦/١٠.

المبحث الخامس

أثر لزوم العقد في السير والجهاد

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

آثار لزوم العقد العامة في السير، والجهاد

وفيه مقصدان:

المقصد الأول: عصمة النفس:

الأصل أن أنفس أهل الكفر غير معصومة الدم، أما إذا تم معهم إبرام عقد الهدنة، أو الذمة، أو الأمان، فإنهم يصبحون معصومي الأنفس، ولا يجوز التعدي عليهم.

ففي عقد الهدنة يلتزم المسلمون بالكف عن الكفار، حتى تنقضي مدة الهدنة المتفق عليها معهم، أو يكون نقض الهدنة من قبلهم، وحينئذ يكون وجوب الكف عنهم قد زال بسبب حصل منهم، فإذا انتهت مدة الهدنة، أو قاموا بنقضها قبل انتهاء مدتها، حل قتالهم، وعادوا كما لو لم تكن بيننا، وبينهم هدنة.

وكذلك من آثارها في جانب الكفار التزامهم بالكف عن قتال المسلمين، ووفاؤهم بالشروط المتفق عليها في الهدنة.

ويدل على هذا الأثر كثير من النصوص الشرعية، فقوله تعالى: ﴿ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال: ٦١]، والسلم يقصد به المسالمة، وهي تقتضي الكف عنهم، سواء في أنفسهم، أو أموالهم.[١] وقال تعالى: ﴿ وَإِن نَّكَثُوا أَيْمَانَهُم مِّن بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا فِي دِينِكُمْ فَقَاتِلُوا أَئِمَّةَ الْكُفْرِ ﴾ [التوبة: ١٢]، فهذه الآية تدل على

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/٣٩.

أن المهادنين لا يحل قتالهم، وإنما جاز للمسلمين أن يقاتلوهم إذا نقضوا العهد، فكان هذا أثراً من آثار الهدنة .

كما أن مهادنة الرسول ﷺ لقريش، واليهود، تدل على هذا الأثر، حيث إن رسول الله ﷺ كف عنهم بسبب هذه المهادنة[1]. وقد صرح كثير من أهل العلم رحمهم الله بهذا الأثر المترتب على الهدنة ؛ إذ هو الفائدة من هذا الصلح[2].

إذًا فعقد الهدنة يقتضي أن يكف المسلمون عن قتال الكفار، كما أن على الكفار الكف عن قتال المسلمين، فإن انتهت المدة أو قاموا بنقض عهدهم، فإنه يحل القتال، وتزول عصمة أنفسهم.

وفي عقد الأمان يكف المسلمون عن التعرض لمن أعطي الأمان، فلا يتعرض له في نفسه ؛ لأن عقد الأمان قد أكسب الكافر عصمة نفسه، حتى انتهاء الأمان، وبلوغ الكافر مأمنه، ولهذا قال رسول الله ﷺ لأم هانئ رضي الله عنها: **(قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ)**[3]. وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله هذا الأثر، وفي ذلك يقول الإمام ابن شاس رحمه الله : «وحكمه أنه إذا انعقد، كففنا عنه، وعن ما يتبعه من أهل، ومال، إن شرط ذلك في الأمان...»[4].

فأثر لزوم عقد الأمان هو وجوب الكف عن المؤَّمن حتى يسمع كلام الله ثم يتم إيصاله إلى مأمنه، وهذا الأثر كالأثر السابق في عقد الهدنة، إلا أنه في عقد الهدنة يكون عاماً في الكفار، بخلافه هنا، فإنه يكون خاصاً لأشخاص، ويبقى القتال على وضعه مع قومهم، فللمسلمين قتالهم وإن كانوا قد منحوا بعضاً منهم الأمان، فعلى

---

(١) فتح الباري ٧/٣٣١.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ١/٤٩٨، منهاج الطالبين ٤/٣١٧، المغني ١٣/١٥٧.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٦٧.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ١/٤٨١، ينظر : مغني المحتاج ٤/٢٩٨، الإقناع ٢/٣٦.

هـذا يكـون الأثـر في كـلا العقديـن، هـو كـف الأذى والقتال، لكـن أحدهمـا عـام، والآخر خاص.

وفي عقـد الذمـة يجب عـلى المسلمين احترامه، والقيام بما يترتب عليه من أثر، من قبول الجزية، وتحريم القتال، أمـا إذا نقضـوا العهد فلم يقوموا بما عليهم، فقد حل قتالهم؛ لأنهم بهـذا النقض للعقـد أصبحوا مـن أهـل الحرب الذين يجوز قتالهم.قال الإمـام الكاسـاني رحمـه الله: «وأمـا بيان حكم العقد..، منها عصمة النفس..، ومنها عصمة المال..»[1].

فأثـر اللـزوم في عقـد الذمـة أن المسـلمين يدافعـون عـن أهـل الذمـة، ويعصـمون أنفسـهم مـا التزموا بعقـد الذمـة، فإن نقضوا العقد حل ما كان محرماً على المسلمين، من جـواز القتال، وبهـذا يتضـح أن عصـمة النفس تعتبر أثراً عاماً يترتب على لزوم عقود الذمة، والأمان، والهدنة في الجهاد، والسير.

المقصد الثاني: عصمة المال:

من الآثار العامة لعقود الذمة، والأمان، والهدنة في الجهاد أن أموال الكفار تكون معصـومة كدمـائهم، فكمـا أنهـم بمثل هذه العقود تحرم أنفسهم فكذلك أموالهم.وقد سبق مـا يعضـد ذلـك، ويؤكـده من كـلام الإمـام الكاساني رحمه الله في عقد الذمة حيث: «وأما بيان حكم العقد..، منها عصمة النفس..، ومنها عصمة المال.. »[2].

فظهـر بهـذا أن عصـمة مال الذمي، والمؤمن، والمهادن في الجهاد تعتبر أثراً من آثار لزوم عقد الذمة، والأمان، والهدنة.

---

(١) بدائع الصنائع ١١١/٧، ينظر: عقد الجواهر الثمينة ٤٩١/١، منهاج الطالبين ٣١٧/٤، الإقناع ٤٥/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١١١/٧، ينظر: عقد الجواهر الثمينة ٤٩١/١، الإقناع ٣٦/٢.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في السير، والجهاد

وفيه مقصدان:

المقصد الأول: إيصال المؤمن إلى مأمنه:

يختص عقد الأمان من بين عقود الجهاد بأثر من آثار اللزوم، فعقد الأمان يتطلب أن يكون المستأمن في غير بلده، وبعيداً عن عشيرته، وأهله، وإنما يكون بين المسلمين، ليعرف شرائع الإسلام، ويسمع كلام الرحيم الرحمن، ويطلع على أحوال أهل الإسلام، مما قد يجره إلى القناعة بهذا الدين، فيكون واحداً من المسلمين، فكم ممن أعطي الأمان فأعجب بحال المسلمين، وما هم عليه فدخل في الدين الحنيف، فإن لم يكتب الله عز و جل له ذلك فإن على المسلم الذي بذل له الأمان أن يرجعه إلى مأمنه، الذي يأمن فيه على نفسه، وماله، وهذا ما أمر الله عز وجل به في محكم كتابه، فقال سبحانه: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦].

وقد نقل الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله عدم الخلاف بين أهل العلم رحمهم الله في ذلك فقال: «ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه ثم يرد إلى مأمنه لا نعلم في هذا خلافاً»[1] اهـ.

أما في غير عقد الأمان فليس على المسلم أن يبلغه مأمنه فليس من مستلزمات العقد ذلك، ولهذا فإنه يكون عقد الأمان مختصاً بهذا الأثر، دون غيره.

المقصد الثاني: الدفاع عن أهل الذمة:

في عقد الذمة يبقى أهل الذمة في ديارهم، مقابل دفعهم الجزية لأهل الإسلام، وهذا العقد يتطلب من أهل الإسلام حمايتهم، والدفاع عنهم، سواء كان المعتدي

---

(١) المغني ١٣/ ٧٩.

مسلماً، أو حربياً، أو ذمياً، ولهذا قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ في وصيته للخليفة من بعده: (وأوصيه بذمة الله، وذمة رسوله ﷺ، أن يوفى لهم بعهدهم، وأن يقاتل من ورائهم)[١].

وورد عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال: (إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا، ودماؤهم كدمائنا)[٢].

وقد صرح بعض أهل العلم رحمهم الله بذلك، فقد قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله : «فحكمه علينا، وجوب الكف عنهم، وأن نعصمهم بالضمان نفساً، ومالاً»[٣]اهـ.

فظهر أن من أثر لزوم عقد الذمة الحماية لأهلها، والدفاع عنهم ما داموا ملتزمين بما يتطلبه هذا العقد، أما إذا صدر منهم ما ينقض العقد فقد حل للمسلمين ما كان محرماً عليهم بسبب هذا العقد من القتال، واستحلال المال، واسترقاق الأنفس، وغير ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣١/٤.

(٢) نصب الراية ٣٨٢/٣، وقال: [غريب]

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٤٩١/١، ينظر: منهاج الطالبين ٣١٧/٤، المغني ٢٥٠/١٣، الإقناع ٤٥/٢.



الباب الثالث

موانع اللزوم وسوالبه

ويشتمل على فصلين.:

الفصل الأول: موانع اللزوم.

الفصل الثاني: سوالب اللزوم.

الفصل الأول

موانع لـزوم العـقد

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: المانع العام للزوم العقد (الإكراه).

المبحث الثاني: المانع الخاص للزوم العقد (الخيار).

المبحث الأول

المانع العام للزوم العقد (الإكراه)

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

تعريف الإكراه وأنواعه

تعريف الإكراه:

في اللغة: الإكراه مأخوذ من قولهم: كره، يكره، كرهاً، ويقال: كرهت الشيء، أكرهه، كرهاً، بضم الكاف، وفتحها، وهو خلاف الرضا، والمحبة، وأكرهته على الأمر إكراهاً إذا حملته عليه قهراً.

وفرق بعض أهل اللغة بين فتح الكاف وضمها فقال: بالضم ما أكرهت نفسك عليه وبالفتح، ما أكرهك غيرك عليه.وقال بعضهم: بعدم التفريق بين الفتح، والضم، فهما لغتان لا فرق بينهما عنده.

ونظراً لوجود الكراهية في النازلة، والشدة في الحرب أطلق الكره عليهما فقالوا للحرب: كريهة، كما يقال للسيف الماضي في الضرائب: ذو الكريهة ؛ لما فيه من الأثر الذي يوجب المكروه من القتل، والجرح، والضرر[1].

وفي الاصطلاح: إلزام الغير بما لا يريده[2].

وهذا التعريف مع قصره فإنه يشمل الإكراه بالفعل، والقول، وبالتخويف، والإرغام، وغيره من صور الإكراه المتعددة، والله أعلم .

---

(١) معجم مقاييس اللغة ١٧٢/٥، القاموس المحيط ٢٩١/٤، لسان العرب ٥٣٤/١٣، المصباح المنير ٢٠٣.

(٢) فتح الباري ٣١١/١٢، ينظر بقية التعاريف: كشف الأسرار ٣٨٣/٤، التلويح على التوضيح ١٩٦/٢.

أنواع الإكراه

ينقسم الإكراه إلى قسمين:

القسم الأول: الإكراه بحق:

كإكراه القاضي المولي[1] على الطلاق بعد مضي مدة الإيلاء، وإكراه الغاصب على رد المغصوب لصاحبه، ونحو ذلك، وهذا القسم لا يسقط الإكراه فيه الحكم، وعليه فإنه يمضى طلاق القاضي، وتثبت اليد في رد المغصوب للمالك الحقيقي[2].

القسم الثاني الإكراه بغير حق:

وهذا القسم اختلف العلماء رحمهم الله فيه، فذهب الجمهور[3] منهم إلى عدم التفريق بين الملجئ، وغيره، وإنما اشترطوا حصول الضرر في الإكراه وأن الأحوال، والأشخاص تختلف في ذلك، فقد يعد في حق البعض ضرراً، بينما لا يعد في حق الآخر ضرراً.

وأما الحنفية[4] وبعض الشافعية[5] فإنهم فرقوا بين الملجئ، وغيره، واعتبروا ما خاف معه تلف نفسه، أو عضو من أعضائه فهو ملجئ، وهو يُعدِم الرضا، ويفسد الاختيار، وأما ماعدا ذلك كالخوف الذي لا يكون معه تلف نفس، أو عضو كالحبس القصير، والضرب اليسير؛ فإنه يعد غير ملجئ، وهو يُعدِم الرضا، ولا يفسد به الاختيار؛ لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكره عليه، فإنه يمكن معه الصبر على ما هدده به.

---

(١) مأخوذ من الإيلاء: وهو حلف الزوج القادر على الوطء بالله تعالى، أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر. المطلع على أبواب المقنع ٣٤٣.

(٢) الحاوي الكبير ١٠/٢٣٢، المغني ١٠/٣٥١.

(٣) مواهب الجليل ٤/٤٤، الحاوي الكبير ١٠/٢٣٢، التلويح على التوضيح ٢/١٩٦، المغني ١٠/٣٥١.

(٤) المبسوط ٢٤/٤٨، المحصول ١/٤٤٩.

(٥) نهاية السول ١/٣٢١ فواتح الرحموت ١/١٦٦.

والذي يظهر أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف في التقسيم فقط، فالجمهور يقسمونه مثالياً، وأما الحنفية، ومن وافقهم فإنهم يقسمونه نوعياً، وإلا فإنهم متفقون على أن هناك صوراً يكون فيها الإكراه مُعدِماً للرضا، وصوراً أخرى لا يعد فيها الإكراه مُعدِماً للرضا.

المطلب الثاني

أثر الإكراه في منع لزوم العقد

ذكر أهل العلم رحمهم الله أن الإكراه عارض من عوارض الأهلية غير المكتسبة، فإذا توفرت في الإكراه جميع شروطه، وأُبْرم بموجب هذا الإكراه عقد من العقود فهل يوصف هذا العقد بأنه لازم يجب الوفاء به، أو يقال: بأنه غير معتبر، ولا يتعد به لوجود الإكراه؟.

إن الناظر في تصرفات المكره في العقود يجد أن أهل العلم رحمهم الله يقسمونها إلى قسمين:

القسم الأول: العقود التي تحتمل الفسخ:

ويقصد بها التي يمكن أن يرجع العاقد فيها، كالبيع فإن البائع إذا لم يستلم الثمن جاز له أن يرجع في بيعه، وهكذا في الإجارة، والهبة ونحوها.

فهذا النوع من العقود إذا أكره الشخص عليه، فإنه لا يعتد بالعقد، ولا يكون لازماً لوجود الإكراه، فعند الجمهور من المالكية[1]، والشافعية[2]، و الحنابلة[3]، رحمهم الله، يحكمون ببطلانه، وعند الحنفية[4]، رحمهم الله يحكمون بفساده، إلا

---

(١) مواهب الجليل٤/ ٤٤، حاشية الدسوقي٢/ ٣٦٩.

(٢) الحاوي الكبير١٠/ ٢٢٧، المجموع ٩/ ١٨٦.

(٣) المقنع ٢/ ٤، الإنصاف ٤/ ٢٦٥.

(٤) الاختيار ٢/ ١٠٥، بدائع الصنائع ٧/ ١٨٦.

أن الإمام زفر من الحنفية[1] رحمه الله يقول: بوقف العقد على إجازة المكره بعد زوال الإكراه عنه.

وهذا الخلاف لا تأثير لـه على اللزوم، فعند الجميع العقد غير لازم مع الإكراه، إذ العقد عند الجمهور رحمهم الله باطل غير صحيح، وعند جمهور الحنفية رحمهم الله فاسد بحاجة إلى أن يصحح، وعند زفر رحمه الله متوقف على الإجازة من قبل المكره بعد زوال الإكراه، فكانت هذه الأقوال منصبة في مصب واحد، من حيث اتفاقها على عدم الحكم بلزوم العقد؛ لوجود مانع الإكراه.

القسم الثاني: العقود التي لا تحتمل الفسخ:

ويقصد بها العقود التي لا يمكن الرجوع فيها، فإذا صدرت فلا تقبل أن يفسخها العاقد، كالعتق، والنكاح، والتدبير، فمثل هذه العقود ليس في مقدرة العاقد أن يرجع فيها، فالنكاح مثلاً إذا تم لا يملك كل من الزوج، والزوجة حق الرجوع عن عقده، وإذا أرادا فسخ النكاح، أو إزالته بخلع، أو طلاق فلهما ذلك، وهذه العقود قد اختلف في لزومها، مع الإكراه على قولين:

القول الأول: أن هذه العقود يؤثر فيها الإكراه، فيوجب الحكم بعدم لزومها، وأنها غير صحيحة، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن هذه العقود الصادرة من المكره صحيحة، وهو مذهب الحنفية[5] رحمهم الله.

---

(١) بدائع الصنائع ١٨٢/٧.

(٢) مواهب الجليل ٤٤/٤، بلغة السالك ٤٥١/١.

(٣) الحاوي الكبير ٢٢٧/١٠.

(٤) المقنع ١٣٤/٣، كشاف القناع ١٥٠/٣.

(٥) الاختيار ١٠٥/٢، بدائع الصنائع ١٨٢/٧، شرح فتح القدير ٤٧٠/٣.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا تصح هذه العقود من المكره) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فمن الكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أسقط بالإكراه الكفر، وهو أعظم الأشياء، فمن باب أولى أن يسقط ما دونه، ومنه العقود التي يبرمها العاقد، وهو مكره، قال الإمام أبو عبد الله القرطبي رحمه الله: «لما سمح الله عز وجل بالكفر، وهو أصل الشريعة عند الإكراه، ولم يؤاخذ به، حمل عليه العلماء فروع الشريعة كلها...»[١] اهـ.

وأما السنة فحديثان:

الأول: حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه)**[٢].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ بين أن الله سبحانه وضع الأحكام المترتبة على الإكراه، فاقتضى ذلك أن تكون العقود التي يكره عليها المرء مرفوعة لا يترتب عليها أثر.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠/١٨١.

(٢) أخرجه ابن ماجة ١/٦٥٩ وبين أن فيه انقطاعاً، وروى نحوه عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، وقال: ضعيف، وعن أبي هريرة رضي الله عنه وسكت عنه، والدارقطني ٤/١٧٠، والحاكم في مستدركه، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه ٢/١٦٨، وقد حسنه الإمام النووي رحمه الله في الأربعين النووية الحديث التاسع والثلاثون ص٨٥، وذكر الإمام الزيلعي في نصب الراية طرقه ٢/٦٤، والحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ١/٣٠١، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل ١/١٢٣.

فإن قيل: إن المراد بالتجاوز هنا هو رفع الإثم، دون الحكم.

فيجاب عنه: بأن حمله على رفع الحكم أولى لأنه أعم، فالذي يرفع الحكم يرفع الإثم، فالأصل حمل النص على عمومه، حتى يدل الدليل على الخصوص(١).

والثاني: حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئٍ ما نوى**)(٢).

ووجه الدلالة: أنه عليه ﷺ جعل مدار الأعمال على النية، فالمكره إذا لم ينو ما أكره عليه لم يصح؛ لعدم توفر النية منه بالاختيار.

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن هذه ألفاظ حمل عليها بغير حق فوجب أن لا يثبت بها حكم، كالإكراه على الإقرار، وعلى كلمة الكفر.(٣)

دليل القول الثاني:

(تصح هذه العقود من المكره، وتكون لازمة): استدلوا بالنقل، العقل.

أما دليلهم من النقل: فقالوا: إن عموم النصوص الواردة في لزوم العقود كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] يقتضي أنها إذا وقعت تكون لازمة على العموم بغض النظر عن كونه مكرهاً، أو غير مكره، وليس لهذا العموم ما يخصصه(٤).

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن المكره عرف الشرين، واختار أهونهما، وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه غير راض بحكمه، وذلك غير مخل به؛ كالهازل(٥).

---

(١) الحاوي الكبير ١٠/٢٢٨.

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري ١/٢، صحيح مسلم ٤/٤٨.

(٣) الحاوي الكبير١٠/٢٢٩ المغني١٠/٣٥١.

(٤) بدائع الصنائع ٧/١٨٢.

(٥) شرح فتح القدير ٣/٤٦٩.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم صحة العقود الصادرة من المكره، وأنها غير لازمة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة استدلال أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من النقل، فيجاب عنه: أن العموم المذكور مخصص بالأدلة التي أسقطت الحكم باعتبار الأقوال، والأفعال في حال وجود الإكراه، وهي الأدلة التي ذكرها أصحاب القول الأول من النقل، والعقل[١].

ثالثاً: أما استدلالهم من العقل فيقال: إن قياس المكره على الهازل قياس مع الفارق ولذا يصح إقرار الهازل، ولا يصح إقرار المكره[٢].

إذا تقرر هذا فإن الإكراه، والحال ما ذكر يعتبر مانعاً من موانع لزوم العقد دون تفريق بين عقد، وآخر، فما دام أنه قام بإبرام تلك العقود تحت وطأة الإكراه فإن له حق فسخها، دون رضا الطرف الآخر، وأما العقود التي لا تحتمل الفسخ فإنها كأن لم تكن صدرت.

وعدم الإلزام بالعقد الصادر من المكره هو من يسر الشريعة الإسلامية التي لا حرج فيها، و لا عنت، فلو كان العقد الصادر من المكره لازماً؛ لترتب على ذلك من المفاسد الشيء الكثير، حيث يؤدي لزوم العقد في حال الإكراه إلى التوصل إلى أكل مال الغير بالباطل؛ لأن المكره لم يرض بهذا العقد، وهذا من ظلم الناس والتسلط عليهم، والغالب أن المكرَه لن يسكت على ظلمه بل سيحاول الانتقام ممن أكرهه، ولربما دفعته الحمية إلى مجاوزة الحدود فلا يقف على شيء معين، بل يبالغ في الانتقام، وبهذا تنتشر الفوضى، والعداوة، والشحناء بين أفراد المجتمع، وفي اعتبار الإكراه مانعاً من موانع لزوم العقود قطع لهذه المفاسد، والشرور، وقفل للأبواب المفضية للوقوع فيه.

---

(١) الحاوي الكبير ١٠/ ٢٣٠.

(٢) المصدر السابق، المحلى ٩/ ٢٦٨.

المطلب الثالث

شروط اعتبار الإكراه مانعاً من لزوم العقد

لما كان الإكراه مخالفاً لطبيعة الإنسان، وجبلته، والناس تختلف في تقدير الإكراه فقد يرى البعض أن ما ليس بإكراه إكراهاً، لهذا فقد تكلم العلماء رحمهم الله عن الشروط التي يمكن تحديد الإكراه بها، وهذه الشروط تتلخص فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون ما هدده به موجباً للضرر في النفس، أو المال، أو العرض، سواء تعلق ذلك الضرر بالمكرَه، أو بمن يهمه أمرهم من والد، وولد، وزوجة، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، والأحوال[١].

فمثال الضرر في نفسه: أن يهدده بقتله، أو قطع عضو من أعضائه، أو بضربه ضرباً يفضي إلى القتل، أو بحبسه طويلاً.ومثال الضرر في المال: أن يكرهه على أمر، ويهدده بإحراق مال كثير يستضر به، أما إذا كان قليلاً فإنه لا يعتبر إكراهاً، إلا إذا كان محتاجاً يلحقه بحرق القليل ضرر كبير.ومثال الضرر في العرض: أن يهدده بفعل فاحشة به، ونحو ذلك، إذا لم يستجب لما أمره به .ومثال الضرر فيمن يهمه أمرهم: أن يهدده بقتل والده، أو ولده، أو زوجته، أو الإضرار بهم بالضرب، أو الحبس.

الشرط الثاني: أن يكون المكرِه – بالكسر – قادراً على إيقاع ما هدده به؛ فإن لم يكن مستطيعاً لذلك فلا يعد تهديده موجباً للحكم بالإكراه[٢].

---

(١) المبسوط ٢٤/٣٩، كشف الأسرار ٤/٣٨٢، مواهب الجليل ٤/٤٥، حاشية الدسوقي ٢/٣٦٩، بلغة السالك ١/٤٥١، الحاوي الكبير ١٠/٢٣٢، فتح الباري ١٢/٣١١، المغني١٠/٣٥٣، شرح منتهى الإرادات ٣/١٢٠ .

(٢) المصادر السابقة، المهذب ٢/٩٩.

الشرط الثالث: أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى طلبه، فأما إذا لم يغلب على ظنه أنه يفعل ما هدده به فإنه لا يعتبر مكرهاً؛ لأن ذلك التهديد لا معنى له، فوجوده، وعدمه سواء[١].

الشرط الرابع: أن يكون المكرَه ـ بالفتح ـ عاجزاً عن التخلص من المكرِه ـ بالكسر ـ فإن كان باستطاعته ذلك، إما بالهرب منه، أو طلب العون ممن يستطيع نصره، أو بنصحه وتخويفه بالله، ولم يفعل ذلك فلا يعدُّ مكرهاً.[٢]

الشرط الخامس: أن يكون المكرَه ـ بالفتح ـ ممتنعاً من الفعل المكره عليه قبل الإكراه غير مريد لفعله؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]. فلا بد وأن يكون كارهاً، ممتنعاً من فعله غير راضٍ، فإذا فعله راضياً، مطمئناً خرج عن الإكراه؛ لأن الله سبحانه اشترط طمأنينة القلب، ولا سلطان للمكرِه على القلب.[٣]

الشرط السادس: أن يفعل المكرَه ـ بالفتح ـ ما أكره عليه دون زيادة عليه، كأن يكره على الطلاق طلقه واحدة، فيطلق واحدة[٤]، أما إن خالف فلم يفعل عين ما أكره عليه، فإنه لا يخلو من إحدى ثلاث حالات:

الأولى: الزيادة على ما أكره عليه: مثل أن يكره على الإقرار بألف درهم فيقر بألفي درهم، وفي هذه الحالة اختلف أهل العلم رحمهم الله هل يعتبر مكرهاً فيما زاده، أم لا ؟ على ثلاثة أقوال:

---

(١) الحاوي الكبير ٢٣٢/١٠، المغني ٣٥٣/١٠.

(٢) المهذب ٩٩/٢، الحاوي الكبير ٢٣٤/١٠، روضة الطالبين ٥٨/٨، فتح الباري ٣١١/١٢، شرح منتهى الإرادات ١٢١/٣.

(٣) المبسوط ٣٩/٢٤، كشف الأسرار ٣٨٢/٤.

(٤) المبسوط ٣٩/٢٤، مغني المحتاج ٣٦٩/٣، المغني ٣٥٣/١٠، كشاف القناع ٢٣٧/٥.

القول الأول: لا يعتبر مكرهاً ويقع ما صدر منه، وهو مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، رحمهم الله.

القول الثاني: يعتبر مكرهاً، ولا يعتد بمثل هذه الزيادة، وهو مذهب المالكية، رحمهم الله[٣].

القول الثالث: أنه لا يقع ما أكره عليه، دون ما لم يكره عليه، فيصح إقراره بألف ويبطل بالألف الثاني، وهو مذهب الحنفية[٤]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يعتد بهذه الزيادة، ولا يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن مخالفته تشعر باختياره فيما أتى به؛ ولذا فلا يعتبر مكرَهاً، فيقع ما صدر منه[٥].

دليل القول الثاني:

(لا يتعد بهذه الزيادة، ويعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المكره لا يملك نفسه حال الإكراه، فلم يصح ما صدر منه[٦].

دليل القول الثالث:

(التفريق بين ما أكره عليه، والزيادة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الزائد على ما أكره عليه هو طائع فيه، فصح، أما ما دونه فهو مكرَه عليه فلم يصح[٧].

---

(١) روضة الطالبين ٥٦/٨، مغني المحتاج ٣٦٩/٣.

(٢) المغني ٣٥٣/١٠، كشاف القناع ٢٣٧/٥

(٣) حاشية الدسوقي ٣٦٦/٢، بلغة السالك ٤٥٠/١.

(٤) المبسوط ١٣٢/٢٤.

(٥) روضة الطالبين ٥٦/٨.

(٦) حاشية الدسوقي ٣٦٦/٢، بلغة السالك ٤٥٠/١.

(٧) بدائع الصنائع ١٩١/٧.

الثانية: النقصان عما أكره عليه: كأن يكرهه على الطلاق بالثلاث فيطلق واحدة، أو على الإقرار بألف، فيقر بخمسائة، فقد نقص عما أكره عليه، وفي هذه الحالة اختلف في اعتباره مكرَهاً على قولين:

القول الأول: أنه لا يعتبر مكرَهاً، وهو مذهب الشافعية [١]، رحمهم الله.

القول الثاني: أنه يعتبر مكرهاً، وهو مذهب الحنفية[٢]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن في نقصان المكرَه ما يشعر باختياره[٣].

دليل القول الثاني:

(يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إنه فعل جزء ما أكره عليه؛ فالإكراه على ألف إكراه على خمسمائة؛ لأنها بعض الألف[٤].

الثالثة: أن يأتي بغير ما أكره عليه: كأن يكره على تطليق مبهمة، فيطلق معينة، أو أكره على الإقرار بألف درهم، فأقر بمائة دينار، فهل إذا فعل ذلك يعتبر مكرهاً، أم لا؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يعتبر غير مكره، وهو مذهب الحنفية[٥]، والشافعية[٦]، رحمهم الله.

---

(١) روضة الطالبين ٥٦/٨.

(٢) بدائع الصنائع ١٩١/٧.

(٣) روضة الطالبين ٥٧/٨، فتح الباري ٣١١/١٢.

(٤) بدائع الصنائع ١٩١/٧.

(٥) المصدر السابق.

(٦) روضة الطالبين ٥٦/٨.

القول الثاني: أن المكره في هذه الحال يعتبر مكرهاً، وأن تصرفه لا يقع، وهو مذهب للحنابلة[1]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المكرَه طائع، مختار فيما عدل إليه، فكان غير مكرَه.[2]

دليل القول الثاني:

(يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: ليس هناك قرينة تدل على اختياره، فالمبهمة التي أكره على طلاقها تصدق على المعينة[3].

الترجيح:

الذي يترجح، والعلم عند الله تعالى، هو القول بأنه يشترط في الإكراه أن يكون مطابقاً لما أكره عليه، دون زيادة أو نقصان أو تغيير؛ ذلك أن مخالفته لما أكره عليه تخرجه عن الرخصة، وتبقيه على حكم الأصل، ويكون في حكم المختار.

هذه هي الشروط التي يجب توفرها في الإكراه حتى يكون مانعاً للزوم العقد، فإذا تخلف أحد هذه الشروط لم يحكم بكون الشخص مكرَها، بل يبقى ملزَماً بالعقد، ومطالباً بالوفاء بما التزم به، وهذه الشروط فيها حماية لحقوق المتعاقدين، ومصالحهم؛ لأن إدعاء الإكراه دون تحقيق لشروطه يفتح الباب أمام المتلاعبين في العقود، ويسهل لهم الخلاص من تبعات الالتزامات التي تترتب على العقود، وعن طريق هذه الشروط يمكننا أن نحقق الرخصة الشرعية المبنية على وجود الإكراه، فتكون بذلك واقعة في موقعها.

---

(١) كشاف القناع ٥/٢٣٧، شرح منتهى الإرادات ٣/١٢١.

(٢) بدائع الصنائع ٧/١٩٠، روضة الطالبين ٨/٥٦.

(٣) كشاف القناع ٥/٢٣٧.

المبحث الثاني

المانع الخاص للزوم العقد (الخيار)

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

تعريف الخيار

في اللغة: الخيار اسم مصدر من الاختيار، يقال خار الشيء، واختاره إذا انتقاه، ومنه قولهم: خيرته بين الشيئين؛ أي: فوضت إليه الخيار؛ لينتقي واحداً منهما.[1]

فالخيار إذاً تفويض الأمر لصاحب الشأن، ليختار، وينتقي من الأمور ما يراه مناسباً، وفيه الخير الذي تتحقق به مصالحه.

وفي الاصطلاح: طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ.[2]

فالعاقدان في سعة من أمرهما، فلهما أن يختارا الاستمرار في العقد، أو عدمه.

المطلب الثاني

أنواع الخيار وأثرها في منع لزوم العقد

من تعريف الخيار يتبين لنا أنه مؤثر في لزوم العقد، والشارع الحكيم أثبته للمتعاقدين رفقاً بهما، وتحصيلاً لمصالحهما، فأعطاهما مهلة النظر؛ ليتأملا فيما اتفقا عليه، ويشاورا من عنده علم، وخبرة، فيتوصلا إلى خير الأمرين، من إمضاء العقد، أو فسخه، فإذا أقدما على إمضائه، واختارا البقاء على ما اتفقا عليه، فإنه يزول الخيار، ويبقى العقد على أصله الموجب للزومه[3]. وأنواع الخيار وأثرها في لزوم العقد يتضح من خلال المقاصد التالية:

---

(١) لسان العرب ٢٦٤/٤، المصباح المنير ٦٩.

(٢) نهاية المحتاج ٣/٤، مغني المحتاج ٥٩/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤١٣/٤

(٣) المعونة ١٠٤٢/٢، بدائع الصنائع ٢٩٨/٥، المنثور في القواعد ١٤٦/٢.

المقصد الأول: خيار المجلس:

وهو أن يكون لكل من العاقدين إمضاء العقد، وفسخه ما لم يتفرقا عن مجلس العقد.

فهذا الخيار مرتبط بانتهاء مجلس التعاقد فإذا تفرقا عنه زال هذا النوع من الخيار، ومجلس العقد هو ما يتم فيه التعاقد، سواء كانا في سوق، أو منزل، وسواء كانا راكبين، أو ماشيين، أو جالسين، ولهذا فإن أكثر أهل العلم[1] رحمهم الله يطلقون عليه خيار المجلس؛ استناداً إلى أن الخيار مرتبط بمجلس العقد، بينما يطلق بعض العلماء[2] رحمهم الله على هذا الخيار بأنه خيار المتبايعين؛ أخذاً من قول المصطفى ﷺ في حديث ابن عمر رضي الله عنهما **(إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا)**[3]، فقد جعل الخيار لهما حتى يفترقا، فخيار المجلس ثابت للمتبايعين، وإن لم يشترط ذلك أحدهما، فلكل منهما أن يفسخ العقد برجوعه عنه ما دام أنهما في مجلس العقد، ولم يتفرقا.

العقود التي يشرع فيها خيار المجلس:

إذا كان خيار المجلس من الأمور المشروعة للعاقدين، فإن العقود ليست على درجة واحدة في قبولها لخيار المجلس، بل منها ما يشرع فيه خيار المجلس، ومنها ما ليس كذلك، وهذا راجع إلى صفة العقد من حيث اللزوم، وعدمه، وإلى قصد العوض فيه، وعدم قصده، فإن العلماء رحمهم الله قد ذكروا أقسام العقود، وقبولها للخيارات بما فيها خيار المجلس، وإليك تفصيل ذلك:

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٨/٥، مواهب الجليل ٤٠٩/٤، روضة الطالبين ٤٣٤/٣، كشاف القناع ١٩٨/٣.

(٢) الحاوي الكبير ٢٩/٥، المغني ١٠/٦.

(٣) متفق عليه، البخاري ١٧/٣، ومسلم ٩/٥.

أولاً: العقود المتفق على دخول خيار المجلس فيها:

وهي عقود البيوع، وما في معناها، فخيار المجلس يثبت لكل من المتبايعين عند من قال بمشروعية هذا الخيار، فإذا انتهى مجلس التعاقد، دون خيار، فقد لزم العقد(١).

ثانياً: العقود المتفق على عدم دخول خيار المجلس فيها:

لا يدخل خيار المجلس في عقد النكاح، والخلع، الوقف، والهبة لغير الثواب، والعتق على مال، فإذا صدرت لزمت، فلا يمكن فسخ أحد هذه العقود(٢).

كما أن خيار المجلس لا يدخل على العقود الجائزة؛ لأن من صفة العقد الجائز أن كلاً من طرفي العقد له الحق في الفسخ متى شاء فهو مستغنٍ بصفة الجواز عن الخيار، فإن شعر أحد العاقدين بغبن، أو ندم فله الرجوع في ذلك، وإن لم يكن هناك خيار مجلس، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم رحمهم الله القائلين بخيار المجلس، ولو شرط فيها إسقاط الخيار بطلت، لأنها تصير بإسقاط الخيار لازمة وهي عقود جائزة غير لازمة(٣).

ثالثاً: العقود المختلف في دخول خيار المجلس فيها:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في بعض العقود هل يدخلها خيار المجلس أم لا؟وتفصيل ذلك فيما يأتي:

الأول: عقد الإجارة:

اختلف في مشروعية خيار المجلس في الإجارة على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس يشرع في الإجارة، وهو مذهب الحنابلة(٤)، ووجه عند الشافعية(٥)، رحمهم الله.

---

(١) الحاوي الكبير ٥/ ٣٠، المقنع ٢/ ٣٣.

(٢) الحاوي الكبير ٥/ ٢٩، المجموع ٩/ ٢٠٩، الإقناع ٢/ ٨٤.

(٣) الحاوي الكبير ٥/ ٢٩، المغني ٦/ ٤٩، المجموع ٩/ ٢٠٧.

(٤) المغني ٦/ ٤٨، كشاف القناع ٣/ ١٩٩.

(٥) الحاوي الكبير ٥/ ٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٦١.

القول الثاني: أن خيار المجلس لا يشرع في الإجارة، وهو وجه عند الشافعية[١]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يشرع خيار المجلس في الإجارة) يستدل لهم بقياس الإجارة على البيع، بجامع أن كلاً منهما بيع، فالبيع يكون للعين، والإجارة تكون للمنفعة.

دليل القول الثاني: (لا يشرع في الإجارة خيار المجلس)

استدلوا بالعقل فقالوا: إن الإجارة غرر؛ إذ هي عقد على معدوم، والخيار غرر، فلا يضم غرر إلى غرر[٢].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، و العلم عند الله، هو القول بمشروعية خيار المجلس في الإجارة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من العقل فيجاب عنه بأنه لا يسلم بأن الخيار غرر، فإن خيار المجلس شرع لدفع الغرر، والضرر عن المتعاقدين، ثم إنه مرتبط بوجودهما في مجلس التعاقد، فلا يترتب عليه غرر، حتى يكون فيه ضم غرر إلى الغرر الموجود في الإجارة.

ثالثاً: أن الإجارة يقصد منها المعاوضة، ففي مشروعية الخيار فيها فتح لباب الرجوع في العقد في حالة الندم، وذلك فائدة خيار المجلس[٣].

---

(١) المصدرين السابقين .

(٢) مغني المحتاج ٢/٦١.

(٣) بداية المجتهد ٥/٣٠.

الثاني: عقدي الصرف والسلم:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار المجلس في هذين العقدين على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس مشروع فيهما، وهو مذهب الشافعية[1]، والحنابلة[2]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار المجلس لا يشرع فيهما، وهو رواية عند الحنابلة[3]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يشرع الخيار فيهما) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (**إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خياراً**).

وجه الدلالة: عموم هذا الخبر، فهو يشمل الصرف، والسلم، لاسيما وأنهما من البيوع، إلا أنهما اختصا باسم خاص، فكان خيار المجلس مشروعاً فيهما.

أما دليلهم من العقل: فقالوا: إن خيار المجلس شرع لأجل النظر في الحظ في المعاوضة، وهو موجود في هذين العقدين[4].

---

(١) الحاوي الكبير ٥/٣٠، مغني المحتاج ٢/٦٠.

(٢) المغني ٦/٤٩، الإقناع ٢/٨٣.

(٣) المغني ٦/٤٩.

(٤) المغني ٦/٤٩.

دليل القول الثاني:

(لا يشرع فيهما خيار المجلس) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هذين العقدين لا يدخلهما خيار الشرط، فكذلك خيار المجلس[1].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بمشروعية خيار المجلس في عقدي الصرف، والسلم؛ لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيقال: إن خيار المجلس ليس كخيار الشرط؛ ذلك أن خيار الشرط يُبقي بين العاقدين ارتباطاً فلا يكون العقد على البتات، وأما خيار المجلس فينتهي بفضِّ المجلس، فلا يقاس أحدهما على الآخر[2].

الثالث: عقد الرهن والضمان والكفالة:

اختلف العلماء رحمهم الله في عقود الرهن، والضمان، والكفالة هل يدخلها خيار المجلس أو لا؟ وذلك على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس لا يشرع في هذه العقود، والتي تكون جائزة لأحد الطرفين، وهو مذهب الشافعية، [3]والحنابلة، [4]رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار المجلس يشرع في مثل هذه العقود، فالخيار ثابت للمرتهِن، وللمضمون له، وللمكفول له، وهو وجه في مذهب الشافعية، لكن ضعفه الإمام محيي الدين النووي رحمه الله[5].

---

(١) المغني ٦/٤٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المجموع ٩/٢٠٧.

(٤) المغني ٦/٤٩، الإقناع ٢/٨٣.

(٥) الحاوي الكبير ٥/٢٩، المجموع ٩/ ٢٠٧ .

الأدلة:

إنما اطلعت على دليل القول الأول، وقد استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن العاقدين بإمكانهما الفسخ دون خيار، ففي الرهن يكون المرتهن قد استغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر، وأما الراهن فإنه استغنى بثبوت الخيار له إلى أن يقبض(١).

الوجه الثاني: أن الضامن، والكفيل قد دخلا متطوعين راضيين بالغبن(٢).

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم مشروعية خيار المجلس في العقود التي تكون لازمة من طرف واحد؛ لما ذكروه من أدلة.

الرابع: عقد المساقاة، والمزارعة، والحوالة، والشفعة:

اختلف العلماء رحمهم الله في مشروعية خيار المجلس في هذه العقود على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس مشروع فيها، وهو وجه عند الشافعية(٣)، والحنابلة،(٤) رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار المجلس لا يشرع في هذه العقود، وهو مذهب الحنابلة(٥)، ووجه عند الشافعية(٦)، رحمهم الله.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، و العلم عند الله، هو القول بمشروعية خيار المجلس في هذه العقود، فأما المساقاة، والمزارعة، فهما عقدان لازمان على منفعة، فأشبهتا

---

(١) المغني ٤٩/٦، المجموع ٢٠٧/٩.

(٢) المغني ٤٩/٦ .

(٣) الحاوي الكبير ٣٠/٥، مغني المحتاج ٦١/٢.

(٤) المغني ٤٩/٦.

(٥) الإقناع ٨٣/٢.

(٦) الحاوي الكبير ٣٠/٥، مغني المحتاج ٦١/٢.

الإجارة، وأما الحوالة، والشفعة، فلأنهما يقصد بهما العوض، فأشبهتا البيع[١].

الخامس: هبة الثواب:

اختلف في مشروعية خيار المجلس في هبة الثواب على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس يشرع في هبة الثواب، وهو الصحيح عند الشافعية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار المجلس لا يشرع في هبة الثواب، وهو الأصح عند الشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يشرع خيار المجلس في هبة الثواب) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هبة الثواب بمعنى البيع، فتكون داخلة في عموم الخبر[٦].

دليل القول الثاني:

(لا يشرع خيار المجلس في هبة الثواب) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هبة الثواب لا تسمى بيعاً، فلا تكون مندرجة في الخبر[٧].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، و العلم عند الله، أن هبة الثواب يشرع فيها خيار المجلس؛ لأنه يقصد منها العوض، فتتحقق الحكمة من مشروعية خيار المجلس فيها.

---

(١) المغني ٦/٥٠.

(٢) مغني المحتاج ٢/٦١.

(٣) الإقناع ٢/٨٣.

(٤) مغني المحتاج ٢/٦١.

(٥) المغني ٦/٤٨.

(٦) مغني المحتاج ٢/٦١، الإقناع ٢/٨٣.

(٧) مغني المحتاج ٢/٦١.

ومن خلال ما سبق يتضح أن خيار المجلس يشرع في البيوع، والصرف، والسلم، والمساقاة، والمزارعة، والحوالة، والشفعة، والإجارة، وهبة الثواب.ولا يشرع في العقود الجائزة، كالوكالة، والشركة، والوديعة.كما أنه لا يشرع في النكاح، والخلع، والوقف، والعتق على مال، والهبة لغير الثواب، والرهن، والضمان، والكفالة.

الأثر المترتب على خيار المجلس:

العقود التي يشرع فيها خيار المجلس تبقى غير لازمة مدة المجلس فيحق لكل واحد من الطرفين الفسخ، فإذا حصل الفراق المعتبر حكم بلزومها؛ لأن الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ.[1]

وبهذا ينتهي الحديث عن النوع الأول من الخيارات وهو خيار المجلس، ومدى مشروعيته في العقود، وتأثيره على اللزوم فيها قبل أن ينفضّ المجلس، فإذا انفضّ المجلس لزم العقد، إلا أن يكون بينهما خيار شرط يشترطه أحدهما، أو كلاهما.

المقصد الثاني: خيار الشرط:

خيار الشرط هو أن يطلب المتعاقدان جميعاً، أو أحدهما مدة معلومة يحق للطالب فيها إمضاء العقد، أو فسخه[2]. فخيار الشرط يكون من قبل المتعاقدين، أو أحدهما، فإن رغب العاقدان اشتراط مدة معلومة كان لهما ذلك، وهكذا لو كان المشترط أحدهما، دون الآخر، ولابد في المدة أن تكون معلومة حتى لا تكون هناك جهالة في وقت الخيار، أو غرر في العقد، فما دام أن هذه المدة باقية فإن لمشترط الخيار الحق في فسخ هذا العقد أو إمضائه فإن انتهت فالخيار يسقط حينئذ، وقد نص

---

(١) مغني المحتاج ٢/٦١، كشاف القناع ٣/١٩٩.

(٢) ينظر حاشية رد المحتار٤/٥٦٧، مواهب الجليل ٤/٤٠٩، كشاف القناع ٣/٢٠٢.

جمهور العلماء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، رحمهم الله على القول بخيار الشرط، واعتباره خياراً مشروعاً للعاقدين.

العقود التي يشرع فيها خيار الشرط:

إذا تقررت مشروعية خيار الشرط، فليست كل العقود تقبل هذا الخيار، فإن من العقود ما اتفق على مشروعية خيار الشرط فيها، ومنها عقود متفق على عدم مشروعيته فيها، ومنها عقود مختلف في مشروعية هذا الخيار فيها، وتفصيل ذلك كما يأتي:

أولاً: العقود المتفق على مشروعية خيار الشرط فيها:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن خيار الشرط يدخل في عقد البيع، إذ هو مجاله الأساسي، حيث ورد النص فيه[٥]. وقد نقل الإجماع على ذلك الإمام النووي رحمه الله فقال: «يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع، إذا كانت مدته معلومة»[٦].

ثانياً: العقود المتفق على عدم مشروعية خيار الشرط فيها:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن خيار الشرط لا يدخل في العقود الجائزة؛ إذ الخيار فيها مؤبد للعاقدين، فإذا شرط فيها إسقاط الخيار، أصبحت لازمة، فخالفت طبيعتها، وهي الجواز[٧].

كما أنه لا خلاف في أن خيار الشرط لا يدخل في عقدي النكاح، والخلع؛ ذلك أن النكاح لا تحصل مقاصده إلا بلزومه، واشتراط الخيار فيه يؤدي إلى الضرر

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٨، شرح فتح القدير ٦/٢٧٦.

(٢) المعونة ٢/١٠٤٢، عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٥٥.

(٣) روضة الطالبين ٣/٤٣٤، مغني المحتاج ٢/٦٤.

(٤) الشرح الكبير ٢/٣٦٠، كشاف القناع ٣/٢٠٢.

(٥) الهداية ٣/٢٧، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩، الحاوي الكبير ٥/٣٠، المغني ٦/٤٨.

(٦) المجموع ٩/٢٢٦.

(٧) حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠، الحاوي الكبير ٥/٣٠، المغني ٦/٤٩.

بالزوجين ؛ إذ يقتضي أن يرد كل واحد منهما صاحبه رد السلع ، مع أن الغالب أن النكاح لا يقع إلا بعد التحري ، والبحث.[١]

كما أن خيار الشرط لا يدخل في الصرف ؛ لأنه يشترط فيه التقابض ، فإذا شرط فيه الخيار ، فإن ذلك الخيار يبقي بينهما عُلُقَاً ، فيخالف ذلك طبيعة عقد الصرف ، وهي البت بمجرد التفرق.[٢]

ثالثاً: العقود المختلف في مشروعية خيار الشرط فيها:

الأول: عقد السلم:

الجمهور من أهل العلم رحمهم الله على أن عقد السلم لا يشرع فيه خيار الشرط[٣] ، وخالف في ذلك المالكية رحمهم الله فقالوا: بجواز اشتراط الخيار ، لكن إلى أجل قصير[٤] .

الثاني: عقد الإجارة:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار الشرط في عقد الإجارة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإجارة يشرع فيها خيار الشرط ، وهو مذهب الحنفية[٥] ، والمالكية[٦] ، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الإجارة لا يشرع فيها خيار الشرط ، وهو مذهب الشافعية[٧] ، رحمهم الله.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة ، المدونة ٣/٢٣٥ .

(٣) حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠ ، الحاوي الكبير ٥/٣٠ ، المغني ٦/٤٩.

(٤) المدونة ٤/٢٣٥.

(٥) حاشية رد المحتار ٤/٥٦٩.

(٦) المعونة ٢/١٠٩٩.

(٧) الحاوي الكبير ٥/٣٠ ، المجموع ٩/٢٢٩.

القول الثالث: التفريق بين الإجارة في الذمة، والإجارة المعينة، فإن كانت في الذمة شرع فيها خيار الشرط، قياساً على البيع، وإن كانت معينة، فلا يشرع فيها خيار الشرط، وهو مذهب الحنابلة، [١]رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يشرع الخيار في الإجارة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضات المحضة، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان[٢].

دليل القول الثاني:

(لا يشرع الخيار في الإجارة) لعل دليلهم ما سبق في خيار المجلس وهو: أن الإجارة غرر؛ إذ هي عقد على معدوم، والخيار غرر، فلا يضم غرر إلى غرر[٣].

دليل القول الثالث:

(التفريق بين الإجارة المعينة، والإجارة في الذمة) استدلوا بالعقل فقالوا: بقياس الإجارة في الذمة على البيع، وأما إذا كانت الإجارة معينة فالخيار يفضي إلى فوات بعض منافع المعقود عليه[٤].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، أن الإجارة يشرع فيها خيار الشرط، قياساً لها على البيع، بجامع أن كلاً منهما بيع، وما قيل: من وجود الغرر، فلا يسلم؛ لأن الخيار إنما شرع لدفع الغرر.وما قيل: من أن ذلك يؤدي إلى تفويت بعض

---

(١) المغني ٦/٤٨، الإقناع ٢/٨٦.

(٢) المعونة /١٠٩٩.

(٣) مغني المحتاج ٢/٦١.

(٤) المصدر السابق .

المنافع، فغير مسلم؛ لأن المستأجر إذا انتفع بالمعقود عليه دفع أجرته، فلم يكن في خيار الشرط تفويت لبعض المنافع.

الثالث: عقد الكفالة والضمان:

اختلف في مشروعية خيار الشرط فيهما على قولين:

القول الأول: أن خيار الشرط لا يشرع فيهما، وهو مذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار الشرط يشرع فيهما، وهو مذهب الحنفية[٣]، رحمهم الله.

الترجيح:

والذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو عدم مشروعية خيار الشرط فيهما؛ لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ. والضمين، والكفيل دخلا على بصيرة أنه لا حظ لهما، ولأنهما لا يفتقران إلى القبول فلم يدخلهما خيار الشرط كالنذر[٤].

الرابع: الوقف:

اختلف في مشروعية خيار الشرط فيه على قولين:

القول الأول: أن الوقف لا يشرع فيه خيار الشرط، وهو مذهب المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، وقول محمد من الحنفية[٨]، رحمهم الله.

---

(١) الحاوي الكبير ٥/٢٩.

(٢) المغني ٦/٤٩.

(٣) المبسوط ١٢/٤٢، حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠.

(٤) المغني ٧/٩٦.

(٥) الذخيرة ٦/٣٢٦.

(٦) المجموع ٩/٢١٠، ٢٢٨.

(٧) المغني ٨/١٩٢، المقنع ٢/٣١٣.

(٨) المبسوط ١٢/٤٢، حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠.

القول الثاني: أن الوقف يشرع فيه خيار الشرط، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[١]، رحمه الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا يشرع في الوقف خيار الشرط) استدلوا بالعقل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، فلم يصح، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء.

الوجه الثاني: أن الوقف إزالة الملك عن الشيء بقصد التقرب لله تعالى، فلم يصح اشتراط الخيار فيه، كالعتق.

الوجه الثالث: أن الوقف ليس عقد معاوضة، فلم يصح اشتراط الخيار فيه، كالهبة.[٢]

دليل القول الثاني:

استدلوا بالعقل فقالوا: إن الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، فيكون كالبيع في جواز اشتراط الخيار فيه.[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، و العلم عند الله، هو القول بعدم مشروعية خيار الشرط في الوقف، وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيقال: إن قياس الوقف على العتق،

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المغني ٨/١٩٣.

(٣) المبسوط ١٢/٤٣.

والهبة أولى من قياسه على البيع ؛ لأن الوقف يبتغى به التقرب إلى الله ، فيكون إلحاقه بالعتق ، والهبة أقوى من إلحاقه بالبيع الذي يقصد به المعاوضة المالية.

الخامس: الحوالة والشفعة:

اختلف العلماء رحمهم الله في مشروعية خيار الشرط في الحوالة ، والشفعة ، وذلك على قولين:

القول الأول: أن خيار الشرط لا يشرع فيهما ، وهو مذهب الشافعية ، [(١)] والحنابلة ، [(٢)] رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار الشرط يشرع فيهما ، وهو مذهب الحنفية ، [(٣)] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا يشرع فيها خيار الشرط) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المشفوع عليه ، وكذا المحال عليه لا يعتبر رضاهما ، ومن لا يعتبر رضاه فلا خيار له ، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر. [(٤)]

دليل القول الثاني:

(يشرع فيها خيار الشرط) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الحوالة والشفعة ، يقصد فيهما العوض ، فأشبهتا سائر البيوع ، فيثبت فيهما خيار الشرط كما هو ثابت في البيوع[(٥)].

---

(١) المهذب ١/٣٤٥، المجموع ٩/٢٠٩ ، ٢٢٩.

(٢) المغني ٦/٥٠.

(٣) حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠.

(٤) المغني ٦/٥٠.

(٥) حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم مشروعية خيار الشرط فيهما؛ ذلك أن الحوالة إذا كانت على مليء، وجب أن يقبل، وإن لم يكن كذلك فله الرجوع وإن لم يشترط[١]، وفي الشفعة لو صح خيار الشرط فإنه قد يلزم منه فوات المشتري إذا رجع الشفيع عن شفعته فيحصل حينئذ الضرر على البائع، ثم إن الخيار شرع لمعرفة الأحظ، وفي الحوالة الأحظ له تحوله على المليء، وفي الشفعة لديه من المعرفة عن المشفوع فيه ما يغنيه عن الخيار.

السادس: المساقاة، والمزارعة:

اختلف العلماء رحمهم الله في مشروعية خيار الشرط في كل من المساقاة، والمزارعة؛ وذلك على قولين:

القول الأول: أن خيار الشرط يشرع فيهما، وهو مذهب الحنفية[٢]، ووجه عند الحنابلة[٣]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن خيار الشرط لا يشرع فيها، وهو مذهب الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، رحمهم الله.

الترجيح:

الذي يترجح أن خيار الشرط يدخلهما فقد سبق أن خيار المجلس يشرع فيهما، فكذلك خيار الشرط تشبيهاً لهما بالإجارة، والله أعلم.

---

(١) الهداية ٣/٩٩، عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٤٨، المهذب ١/٣٤٥، المغني ٧/٦٣.

(٢) حاشية رد المحتار ٤/٥٧٠.

(٣) المغني ٦/٥٠.

(٤) الحاوي الكبير ٥/٣٠، المجموع ٩/٢١١، ٢٢٨.

(٥) المغني ٦/٥٠، ٧/٥٤٥.

السابع: الرهن:

اختلف العلماء رحمهم الله في خيار الشرط في عقد الرهن، وذلك على قولين:

القول الأول: لا يثبت فيه خيار الشرط، وهو مذهب الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)]، رحمهم الله.

القول الثاني: يثبت في الرهن خيار الشرط، وهو مذهب الحنفية[(٣)]، رحمهم الله.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري والعلم عند الله تعالى هو القول بعدم ثبوت خيار الشرط في الرهن فقد سبق أن خيار المجلس لا يشرع فيه، فكذلك خيار الشرط، والله أعلم.

مما سبق يظهر أن خيار الشرط يشرع في العقود التالية: البيع، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، وعلى هذا يتأثر اللزوم فيها بدخول هذا الشرط حتى تتم مدته، وينتهي أمده.

ولا يشرع في العقود الجائزة، وكذا النكاح، والخلع، والصرف، والسلم، والكفالة، والضمان، والوقف، والحوالة، والشفعة، والرهن.

أثر خيار الشرط:

إذا تقرر أن خيار الشرط يشرع في بعض العقود، دون بعضها فإذا اشترط أحد العاقدين أن له خيار الشرط، وكان ذلك في عقد من العقود التي يشرع فيها خيار الشرط، فإنه يترتب على ذلك الحكم بأحقية فسخ العقد في مدة الخيار لمشترطه وإن لم يرض صاحبه؛ لأن العقد لم يكتسب اللزوم حتى تنتهي مدة الخيار، أو يختار المشترط المضي في العقد، فالعقد يوصف مع خيار الشرط بأنه عقد جائز بالنسبة لمشترطه، ومن ثم يحق له أن يفسخ العقد[(٤)]. فتقرر بذلك أن خيار الشرط يعتبر أحد

---

(١) الحاوي الكبير ٥/ ٢٩، المجموع ٩/ ٢٠٧.

(٢) المغني ٦/ ٤٩.

(٣) حاشية رد المحتار ٤/ ٥٧٠.

(٤) الهداية ٣/ ٢٩، روضة الطالبين ٣/ ٤٤٧.

الموانع التي تمنع من وصف العقد باللزوم في جانب الطرفين إن كان خيار الشرط منهما، أو في جانب أحدهما إن كان الخيار من أحد الطرفين، دون الآخر، ثم إذا انتهى الشرط، ومضت مدته حكم للعقد بلزومه إعمالاً للأصل.

المقصد الثالث: خيار التعيين:

التعيين في اللغة: مأخوذ من عيّن الشيء، إذا حدده، وخصصه من جملة الأشياء العديدة، ومنه قولهم: عينت السارق تعييناً، أي خصصته من بين المتهمين(١).

وأما خيار التعيين في الاصطلاح: فإن أهل العلم رحمهم الله يذكرون صورة خيار التعيين، والتي يمكن من خلالها معرفة مرادهم به(٢). فخيار التعيين هو: تحديد العاقد لواحد من الأشياء المعقود عليها في مدة معينة.

مشروعية خيار التعيين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار التعيين على قولين:

القول الأول: مشروعية خيار التعيين، وهو مذهب الحنفية(٣)، والمالكية(٤)، وبعض الحنابلة(٥)، رحمهم الله.

القول الثاني: عدم مشروعية خيار التعيين، وهو مذهب الشافعية(٦)، والحنابلة(٧)، وقول زفر من الحنفية(٨)، رحمهم الله.

---

(١) لسان العرب ٣٠٩/١٣، المصباح المنير ١٦٨.

(٢) شرح فتح القدير ٢٩٩/٦، الذخيرة ٤٧/٥، التعريفات ١٠٧ .

(٣) الهداية ٣١/٣، بدائع الصنائع ٢٢٨/٥ .

(٤) المعونة ١٠٤٥/٢، الذخيرة ٣٢/٥، ٤٦ .

(٥) الفروع ٢٦/٤، الإنصاف ٣٠٢/٤، فقد ذكر بأن هناك من قال بالصحة إذا تساوت القيمة .

(٦) المجموع ٣٤٦/٩، روضة الطالبين ٤٤٥/٣ .

(٧) كشاف القناع ١٦٧/٣، الإنصاف ٣٠٢/٤.

(٨) شرح فتح القدير ٣٠٠/٦.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يصح خيار التعيين) استدلوا بالعقل فقالوا: «إن خيار الشرط شرع للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق، والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به، أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من حملٍ إليه؛ إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع»[1].

دليل القول الثاني:

(لا يصح خيار التعيين) استدلوا بالعقل فقالوا: قد جاء الشرع بالقضاء على كل ما فيه غرر وجهالة؛ لما يؤدي إليه من التنازع والخلاف، وبيع عبد من عبدين، ونحوهما؛ فيه غرر، من غير حاجة، فالاختيار يمكن قبل العقد[2].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى، هو القول بمشروعية خيار التعيين؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب: بأن القول بخيار التعيين يلزم منه الغرر غير مسلم؛ لأنه يتم الاتفاق على المعقود عليه، وتحديده، والثمن المتفق عليه، فيبقى له الخيار بتعيين ما يريد، فلا جهالة، والحال ما ذكر.

ثالثاً: حاجة الناس إلى ذلك، وما ذكر بأن الاختيار يمكن قبل العقد فغير صحيح؛ إذ لا يفي ذلك بحاجة المتعاقدين، وأخذ مشورة الغير حول المعقود عليه، ونحو ذلك.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المغني ٦/٢١٠، المجموع ٩/٣٤٦، كشاف القناع ٣/١٦٧.

العقود التي يشرع فيها خيار التعيين:

العلماء الذين قالوا بمشروعية خيار التعيين وهم الحنفية، والمالكية رحمهم الله لم يذكروا هذا الخيار إلا في عقد البيع[(١)]، فهذا الخيار إذاً إنما يشرع في البيع، وما في معناه، كالصلح، والقسمة، وهبة الثواب؛ أما عقد الصرف فلا يشرع فيه خيار التعيين؛ لأن التقابض شرط لصحة الصرف، ولو جعل لنفسه خيار التعيين في الصرف، فهو بحاجة لتحديد أحد الجنسين المخير فيهما، فلم يحصل القبض لذلك العوض على أنه مقابل للجنس الآخر المصروف، فتخلف بذلك شرط التقابض، فكان الخيار غير مشروع فيه.

أثر خيار التعيين في لزوم العقد:

إذا تقرر أن خيار التعيين أحد الخيارات المشروعة في البيع، وما في معناه، فإنه ينبني على ذلك اعتباره مؤثراً في لزوم العقد حتى يحصل التعيين، أو يفسخ العقد الذي بينهما[(٢)]. وبهذا يظهر أن خيار التعيين من الموانع التي تمنع من لزوم العقد، فالعقد الذي يكون فيه خيار التعيين يوصف بأنه جائز، و لا يلزم إلا بعد وقوع الاختيار، والتعيين، فإذا حصل الاختيار حكم باللزوم، ولم يكن لهما فسخ العقد إلا برضا الطرفين معاً .وهذا النوع من الخيار إذا كان المعقود عليه حاضراً مشاهداً للعاقدين، أما إذا كان المعقود عليه غير حاضر، ولا مشاهد فإنه يكون فيه خيار الرؤية، وهذا الخيار ما سوف أتناوله في المقصد الرابع.

المقصد الرابع: خيار الرؤية:

الرؤية مصدر من رأى، يقال: رأيت الشيء رؤية، إذا أبصرته بحاسة البصر، ورؤية العين معاينتها للشيء[(٣)].

---

(١) الهداية ٣١/٣، بدائع الصنائع ٢٢٨/٥، المعونة ١٠٤٥/٢، الذخيرة ٣٢/٥، ٤٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٦١/٥، الشرح الصغير ٥٢/٢.

(٣) المصباح المنير ٩٤.

وخيار الرؤية: توقف العقد على مشاهدة المعقود عليه إن شاء أخذه، أو رده[١].

مشروعية خيار الرؤية:

العقد إما أن يكون على عين حاضرة مرئية كأن يقول: بعتك هذا الثوب، أو الدابة، أو الدار، وهو يراه فذلك جائز إذا أبصره، وأدرك ما فيه من مزايا، وعيوب وذلك بلا خلاف بين العلماء رحمهم الله[٢].

وإما أن يكون على عين غائبة عن العاقدين، فلا يخلو ذلك من إحدى حالات:

الحالة الأولى: أن توصف تلك العين، أو يكون قد رأى العين، ثم أبرم العقد بعد ذلك بزمن لا تتغير فيه العين ظاهراً، وهذه الحالة اختلف أهل العلم رحمهم الله فيها على قولين:

القول الأول: أن العقد يصح بوصف العين، بكل صفة مقصودة، تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان لأجلها، وتقل الرغبة في العين، وتكثر بحسب وجودها، وعدمها، وهو مذهب الحنفية، [٣]والمالكية، [٤]والحنابلة في أصح الروايتين، [٥]وأحد قولي الشافعي واختاره بعض أصحابه[٦] رحمهم الله.

القول الثاني: أن العقد لا يصح على العين الغائبة، بل لابد من رؤيتها، وهو قول للشافعي، واستظهره الإمام محيي الدين النووي[٧]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٨]، رحمهم الله.

---

(١) شرح فتح القدير ٣٠٩/٦، حاشية رد المحتار ٥٩٢/٤.

(٢) المعونة ٩٧٨/٢، بداية المجتهد ٥٥٢/٤، الإنصاف ٢٩٥/٤.

(٣) المبسوط ٦٨/١٣.

(٤) المعونة ٩٧٨/٢، بداية المجتهد ٥٥٣/٤.

(٥) المغني ٣٣/٦، الإنصاف ٢٩٧/٤، .

(٦) روضة الطالبين ٣٧٠/٣، منهاج الطالبين ٢٥/٢.

(٧) روضة الطالبين ٣٧٠/٣، منهاج الطالبين ٢٥/٢.

(٨) المغني ٣٣/٦، الإنصاف ٢٩٧/٤.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(يصح العقد على العين الغائبة) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن ذلك مبيع معلوم للعاقدين، مقدور على تسليمه غالباً، فصح فيه الوصف كالسلم.

الوجه الثاني: أن ما تتعذر فيه الرؤية تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم[1].

دليل القول الثاني:

(لا يصح العقد على العين الغائبة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، فيكون منهياً عنه؛ لوجود الغرر فيه[2].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بصحة بيع العين الغائبة الموصوفة؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بأنه لا يسلم أن الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع، فإن معرفة المبيع تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً[3].

إذا ثبت جواز العقد على ما وصف وصفاً مانعاً للجهالة، بذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فهل يثبت فيها خيار الرؤية للعاقدين إذا تمت رؤية العين المعقود عليها؟ والجواب على ذلك أن يقال: إن العين التي عقد عليها بموجب الصفة إما أن تكون على الصفة التي وصفت، دون اختلاف، وإما أن تكون بخلاف ما وصفت عليه، فهاتان صورتان يختلف الحكم باختلافهما:

---

(١) المعونة ٢/٩٧٨، المغني ٦/٣٣ .

(٢) المغني ٦/٣٣، مغني المحتاج ٢/٢٦.

(٣) المغنى ٦/٣٣ .

الصورة الأولى: أن تكون العين على الصفة التي وصفت، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله هل يثبت فيها الخيار للمشتري، أو يلزم بالبيع على قولين:

القول الأول: ليس له الخيار، بل العقد لازم له، وهو مذهب المالكية[١]، والحنابلة[٢]، ووجه عند الشافعية[٣]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن له الخيار إذا رأى المعقود عليه على الصفة التي ذكرت له، وهو قول الحنفية[٤]، والأصح عند الشافعية[٥].

الأدلة:

دليل القول الأول:

(ليس له الخيار) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أنه سلم له المعقود عليه بصفاته، فقبضه على صفته، فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه[٦].

الوجه الثاني: أنه مبيع موصوف، فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم[٧].

دليل القول الثاني:

(له الخيار) استدلوا بالنقل: وذلك بحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: (من **اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه**)[٨].

---

(١) المعونة ٢/٩٧٩.

(٢) المغني ٦/٣٤، الإنصاف ٤/٢٩٨ .

(٣) روضة الطالبين ٣/٣٧٧ .

(٤) المبسوط ١٣/٦٨، شرح فتح القدير ٦/٣٠٩ .

(٥) روضة الطالبين ٣/٣٧٧، مغني المحتاج ٢/٢٦ .

(٦) المعونة ٢/٩٧٩، المغني ٦/٣٤ .

(٧) المغني ٩/٣٤.

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٨، الدارقطني ٣/٥، ينظر نصب الراية للزيلعي ٤/٩.

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ جعل الخيار متعلقاً بالرؤية، وهذا عام يشمل ما إذا كان على نفس الصفة التي وصف عليها، أو على خلافها.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى أن العقد لازم بعد الرؤية إذا كان المبيع على الصفة التي اتفق عليها؛ لما تقدم من دليل العقل، وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإنه حديث ضعيف[١].

الصورة الثانية: أن يكون المعقود عليه بخلاف ما وصف، فلا خلاف بين العلماء رحمهم الله أن له الخيار في إمضاء العقد، أو فسخه؛ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه، كما لو وجد به عيباً.[٢]

الحالة الثانية: أن يتم التعاقد على العين الغائبة، دون وصف:

و في هذه الحالة يتم العقد على شيء غير حاضر، ومن غير وصف له، كأن يتم بيع سيارة، أو سلعة ما، دون تحديد لما يمكن أن يؤثر في ثمنها، ويرّغب فيها، وهذه المسألة اختلف أهل العلم رحمهم الله فيها على قولين:

القول الأول: أن العقد على العين الغائبة، دون وصف يعتبر عقداً باطلاً، وهو مذهب المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والصحيح عند الحنابلة[٥]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن العقد على العين الغائبة التي لم توصف يعتبر عقداً صحيحاً، وهو مذهب الحنفية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧]، رحمهم الله.

---

(١) قال البيهقي: (باطل لا يصح) السنن الكبرى للبيهقي٥/٢٦٨، وقال الدارقطني: (هذا باطل لا يصح؛ لأن فيه عمر بن إبراهيم يقال له: الكردي يضع الأحاديث) ٣/٥، وكشف الخفاء ٢/٣٢١.

(٢) شرح فتح القدير ٦/٣٠٩، المعونة ٢/٩٨٠، روضة الطالبين ٣/٣٧٢، المغني ٦/٣٤.

(٣) المعونة ٢/٩٧٨.

(٤) الحاوي الكبير ٥/١٤.

(٥) المغني ٦/٣١، الإنصاف ٤/ ٢٩٥.

(٦) شرح فتح القدير ٦/٣٠٩.

(٧) المغني ٦/٣١، الإنصاف ٤/٢٩٥.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(بطلان العقد على العين الغائبة التي لم توصف) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث أبي هريرة ﷺ (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحصاة، وبيع الغرر).

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ نهى عن البيع الذي فيه غرر، وبيع العين الغائبة التي لم توصف فيه غرر من وجهين:

الأول: عدم العلم بسلامة المبيع، ووجوده، فقد يكون المبيع غير سالم من العيوب، أو يكون المبيع غير موجودٍ أصلاً.

الثاني: عدم العلم بوصول المبيع إليه، فقد يصل إليه المبيع، وقد لا يصل[١].

أما دليلهم من العقل: فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أنه ﷺ نهى عن الملامسة[٢]، وهي بيع الثوب المطوي؛ لجهالة المبيع مع حضوره، فالنهي عن المبيع المجهول الصفة مع غيابها أولى[٣].

الوجه الثاني: أنه بيع عين لم ير شيئاً منها، ولم توصف، فلم يصح؛ كبيع النوى في التمر[٤].

الوجه الثالث: أنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع؛ كالسلم[٥].

---

(١) الحاوي الكبير ١٦/٥.

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري ٢٥/٣، صحيح مسلم ٢/٥.

(٣) الحاوي الكبير ١٤/٥.

(٤) الحاوي الكبير ١٦/٥، المغني ٣٢/٦.

(٥) المغني ٣٢/٦.

دليل القول الثاني:

(يصح العقد على العين الغائبة التي لم توصف) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فمن الكتاب، والسنة، والأثر.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ووجه الدلالة: أن عموم هذه الآية يشمل بيع العين الغائبة التي لم توصف، فيكون حلالاً بنص الآية[١].

وأما من السنة: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **(من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه، وإن شاء تركه).**

وأما دليلهم من الأثر: فاستدلوا بما روي عن عثمان، وطلحة رضي الله عنهما أنهما تبايعا داريهما، إحداهما بالكوفة، والأخرى بالمدينة، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: ما أبالي؛ لأني بعت ما لم أره، وقيل لطلحة، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فتحاكما إلى جبير ﷺ، فجعل الخيار لطلحة[٢]. فهذا اتفاق من الصحابة رضي الله عنهم على صحة البيع على عين غائبة[٣].

أما استدلالهم بالعقل فقالوا: إن البيع عقد معاوضة، فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح.[٤]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بأن العقد على العين الغائبة، دون وصف يعتبر عقداً باطلاً؛ وذلك لما يأتي:

---

(١) المصدر السابق ٦/٣١.

(٢) أخرجه الطحاوي وقال: والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعاً، شرح معاني الآثار ٤/١٠، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٨.

(٣) المغني ٦/٣١، بدائع الصنائع ٥/٢٩٢.

(٤) المغني ٦/٣١.

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالآية فيقال: إن سلم بأنها عامة فهي مخصصة بما ذكر من الأدلة التي تدل على عدم صحة العقد على العين الغائبة(١).

ثالثاً: أما حديث أبي هريرة ﷺ، فيجاب عنه بأن الحفاظ، وأئمة الحديث ضعفوه لأنه من رواية عمر بن إبراهيم الأهوازي، وهو مشهور باختراع الأحاديث، ووضعها.(٢)

رابعاً: أما استدلالهم بقصة عثمان وطلحة رضي الله عنهما فيجاب عنها بجوابين:

الأول: أنها قول صحابي، ولا يعارض به حديث رسول الله ﷺ لاحتمال أن يكون الصحابي عمل بذلك ولم تبلغه السنة، وإذا تعارض المأثور عن الصحابي مع المرفوع إلى النبي ﷺ فلا إشكال أنه يقدم المرفوع.

الثاني: يحتمل أنهما تبايعا بالصفة، وخلافنا في التبايع بدون ذكر الصفة.(٣)

خامساً: أما استدلالهم بالعقل فيقال: إن هناك فرقًا بين البيع، والنكاح مما يمنع صحة الجمع بينهما، فالنكاح لا تقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا يدخله شيء من الخيارات، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات، وإضرار بهن، بخلاف البيع.(٤)

العقود التي يشرع فيها خيار الرؤية:

من اثبت خيار الرؤية جعل ذلك في عقد البيع بدليل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **(من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه)**.

---

(١) الحاوي الكبير ١٧/٥، المغني ٣٢/٦.

(٢) الحاوي الكبير ١٧/٥، المغني ٣٢/٦.

(٣) المصدرين السابقين.

(٤) المصدرين السابقين.

فهو نص صريح في أن خيار الرؤية يكون في الشراء؛ لقوله ﷺ: (من اشترى) وقد ألحق أهل العلم رحمهم الله بالبيع بعض العقود بجامع المعاوضة فيها، وهذه العقود هي:

أولاً: الإجارة: فلو استأجر داراً لم يرها، وإنما وصفت له وصفاً يمنع الجهالة، فلما رأى العين المؤجرة وجدها على خلاف ما وصفت له، فهو بالخيار إن شاء استمر في العقد، وإن شاء فسخه.[1]

ثانياً: الصلح عن دعوى مال على عين: فإذا كانت الدعوى مالية، ثم اصطلحا على دار غائبة، ووصفها له وصفاً مانعاً للجهالة، فإنه إذا رأى هذه الدار، وكانت على خلاف ما وصفت له فهو بالخيار.أما إذا كان الصلح على مال ثم اصطلحا على دين في الذمة فلا يدخله خيار الرؤية، وهكذا لو كان الصلح على القصاص؛ لأن خيار الرؤية لا يكون فيما لا ينفسخ بالرد، ففي الصلح على دين في الذمة لا ينفسخ؛ لأنه يؤدي إلى بيع الدين بالدين، وفي الصلح على القصاص لا ينفسخ الصلح فيبقى العقد قائماً، فلا فائدة من الخيار في مثل ذلك[2].

ثالثاً: القسمة: إذا كانت القسمة لأجناس مختلفة، أو لغير المثليات كالثياب من نوع واحد، وكذا البقر، والغنم، ولم ير أحدهما نصيبه من القسمة فهو بالخيار إذا رآه، وكان على غير ما وصف له، أما إذا كانت القسمة لذوات الأمثال كالمكيلات، أو الموزونات، فلا يدخله خيار الرؤية؛ لأن المكيلات، والموزونات متماثلة إذا قسمت فلا يتميز أحد القسمين بميزة عن الآخر[3].

فخيار الرؤية ينحصر في هذه الأربعة الأمور، قال الإمام الكمال ابن الهمام

---

(١) شرح فتح القدير ٦/٣١٢.

(٢) حاشية رد المحتار ٤/٥٩٣.

(٣) المصدر السابق.

رحمه الله: «واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير: شراء الأعيان، والإجارة، والصلح عن دعوى مال على عين، والقسمة»[١].

أثر خيار الرؤية في لزوم العقد:

من قال بخيار الرؤية جعل العقد غير لازم، فالعاقد بالخيار إذا رأى المعقود عليه على غير الصفة التي ذكرت له، فإن شاء أتم العقد، وإن شاء فسخ.

فلو تم العقد على بيع سلعة غائبة، ووصفت وصفاً مانعاً للجهالة، فلما أحضر البائع السلعة للمشتري وجد أنها على غير الصفة التي وصفها له، فالمشتري مخير بين أن يأخذ هذه السلعة، أو يرفضها؛ لأن السلعة مخالفة لما تم التعاقد عليه.

ومثل البيع الإجارة، فلو أنه استأجر عيناً غائبة وصفت له وصفاً يمنع الجهالة عنها، فإن المستأجر إذا رأى العين فكانت على غير ما وصفت فهو مخير بين إمضاء العقد، وفسخه، فهو حينما رضي باستئجار العين المتفق عليها فلما ذكر عنها من صفات ترغبه فيها، فلما تخلفت بعض الصفات عن تلك العين فإن رغبته تقل، فهو إذاً بالخيار بين أن يمضي العقد مع تخلف بعض صفاتها، أو يفسخه.

وهكذا لو تمت القسمة بين شريكين في أجناس مختلفة، أو لغير مثليات، أو كان العقد صلحاً عن دعوى مالية فيصطلح الطرفان لإنهاء النزاع على عين يأخذها المدعي، فإذا وصفت العين سواء في القسمة، أو الصلح بأوصاف جعلت العاقد يقبلها، فإن الواجب على الواصف أن يصدق في معاملته، فإذا كانت العين التي أحضرها مخالفة للوصف فإنها غير الموصوفة، والرضا من الطرف الثاني لم يتعلق بها فكان من حقه الخيار.

ولهذا كان خيار الرؤية مانعاً من لزوم العقد، فإذا زال هذا الخيار، انقلب العقد لازماً لا يحق له الفسخ إذا اختار إمضاء العقد[٢].

---

(١) شرح فتح القدير ٣١٢/٦، البحر الرائق ٣٠/٦، حاشية رد المحتار ٥٩٣/٤.

(٢) شرح فتح القدير ٣١١/٦

هـذا إذا كـان المعقـود عليه خالياً من العيب، أما إذا رأى المعقود عليه ثم قبله فتبين لـه أن فيه عيباً؛ فإنه يثبت لـه خيار آخر ألا وهـو خيار العيب كما يتضح ذلك من المقصد التالي.

المقصد الخامس: خيار العيب[1]:

العيب في اللغة: مصدر الفعل عاب، يقال: عاب فلان فلاناً، يعيبه، إذا وصمه بنقص، ويقال: عاب الشيء عيباً، صار ذا عيب[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾[الكهف: ٧٩]، أي: أجعلها ذات عيب.

وفي الاصطلاح: نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها.[3]

مشروعية خيار العيب:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار العيب نقل ذلك الإمام موفق الدين ابن قدامة رحمه الله حيث يقول: " متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الإمساك، والفسخ سواء كان البائع علم العيب، وكتمه، أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً "[4]

العقود التي تتأثر بخيار العيب:

من وجد عيباً في المعقود عليه فسخ العقد، و إمضاؤه، وخيار العيب يكون في عقد البيع بلا خلاف؛ لأن النص الوارد في خيار العيب إنما هو في البيع.

وقد بين القاضي ابن رشد الحفيد رحمه الله العقود التي تتأثر بالعيب فقال: «أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، فهي العقود التي المقصود منها

---

(١) ومن أهل العلم رحمهم الله من يسميه بخيار النقيصة، عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٦٨.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٤/١٨٩، لسان العرب ١/٦٣٣، المصباح المنير ١٦٧.

(٣) كشاف القناع ٣/٢١٥، ينظر بقية التعاريف: الهداية ٣/٣٥، عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٦٨، نهاية المحتاج ٤/٢٥.

(٤) المغني ٦/٢٢٥، ينظر الهداية ٣/٣٥، المعونة ٢/١٠٥١، الأم ٣/٦٩، الشرح الكبير ٢/٣٧٩.

المعاوضة، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنها لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير ثواب...»[١]اهـ.

كما صرح بعض أهل العلم رحمهم الله بمشروعية خيار العيب في عقد الإجارة[٢]، ويثبت خيار العيب كذلك في عقد النكاح[٣]، فلكل من الزوجين الخيار إذا وجد بالآخر عيباً موجباً للفسخ[٤].

فمما سبق يتضح أن خيار العيب لا يدخل في العقود التي لا يقصد منها العوض، كما أن العقود الجائزة تستغني بجوازها عن مشروعية خيار العيب فيها، فإذا كان له الرد مع عدم وجود عيب، فرده مع العيب أولى.

وأما ما يقصد منه العوض كالبيع، وما في معناه، والإجارة، والنكاح، ونحوها، فإن خيار العيب فيها مشروع.

أثر خيار العيب:

إذا تم العقد بين الطرفين، وكان من صفته اللزوم، فإن العقد لا يكون لازماً إذا وجد فيه عيب يخل بالمطلوب في المعقود عليه، فلمن تضرر بذلك العيب أن يفسخ العقد، سواء رضي صاحبه، أم لا، فثبت أن خيار العيب يعتبر من الموانع التي تمنع لزوم العقد[٥].

فما دام أن العقد اشتمل على عيب في المعقود عليه كان له الخيار في العقد، فإن شاء رضي بالعيب فلزمه العقد، وإن شاء فسخ العقد؛ لعدم لزومه بعد.

---

(١) بداية المجتهد ٥/٣٤، ينظر: حاشية رد المحتار ٥/٣، المهذب ١/٢٩١، كشاف القناع ٣/٢١٨.

(٢) الهداية ٣/٢٤٩، الشرح الصغير ٢/٢٨١، المهذب ١/٤١٢، الإقناع ٢/٣٠٨.

(٣) لم يعتبر الحنفية رحمهم الله من العيوب الموجبة للفسخ غير الجب، والعنة، والخصي، زاد محمد رحمه الله الجنون، والجذام، والبرص، الاختيار ٣/١١٥.

(٤) المعونة ٢/٧٧٠، المهذب ٢/٤٩، مختصر الخرقي ٨٦.

(٥) شرح فتح القدير ٦/٢٧٦.

هذا فيما يتعلق بخيار العيب، إلا أن المعقود عليه قد لا يكون فيه ما يمنع اللزوم بأن كان مكتملاً لا عيب فيه، وإنما وجد الخلل في العاقد نفسه بأن كان لا يتقن التجارة فيكون عرضة للغبن، وهذا ما يسمى بخيار غبن المسترسل كما سوف يتبين في المقصد التالي.

المقصد السادس: خيار غبن المسترسل:

الناس ليسوا على درجة واحدة في إتقان المماكسة في البيع، والشراء، وفي معرفة السلع وأثمانها، فربما غبن البعض من هذا الطريق، ولذا فقد تحدث أهل العلم رحمهم الله عن الخيار المترتب على هذا الأمر.

والغبن في اللغة: الخداع، ومنه يقال: غبنه غبناً، أي خدعه، ووكسه في القيمة[١].

و في الاصطلاح: عبارة عن بيع السلعة، أو شرائها بأكثر مما جرت العادة أن الناس يتغابنون بمثله[٢].

فالغبن منه اليسير، ومنه الفاحش، فما اعتاد الناس على التغابن بمثله، فهو اليسير الذي لا يؤثر على العقد، أما ما لم يعتد الناس عليه؛ فهو الفاحش الذي له تأثير على العقد.

والمسترسل في اللغة: مستفعل من رسل، وله عدة معان أقرب هذه المعاني إلى موضوع البحث هو: الاستئناس، والطمأنينة إلى الإنسان، والثقة فيما يحدثه، وأصله السكون، والثبات، يقال: استرسل إليه أي انبسط واستأنس[٣].

وفي الاصطلاح: هو الجاهل بالقيمة، سواء كان بائعاً، أو مشترياً[٤].

---

(١) لسان العرب ٣٠٩/١٣، المصباح المنير ١٦٨.

(٢) مواهب الجليل ٤٦٨/٤.

(٣) لسان العرب ٢٨٣/١١.

(٤) المغني ٣٦/٦، الإنصاف ٣٩٧/٤.

مشروعية الخيار للمغبون:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في عدم جواز غبن المسترسل بل يجب النصح له من حيث جودة السلعة، وتناسب قيمتها؛ لعموم الأدلة الناهية عن الغرر، والغش، ووجوب النصح للمسلمين.

العقود التي تتأثر بخيار الغبن:

نص العلماء رحمهم الله القائلون بإثبات خيار الغبن على اعتباره في عقد البيع[١]، والإجارة[٢]، اللذين هما أصلا عقود المعاوضات المالية، فلو استأجر رجل داراً بمبلغ مرتفع يغبن بمثله، وبعد العقد تبين له أنه قد غبن، فإنه بالخيار إن شاء استرجع القيمة الزائدة، وإن شاء فسخ العقد، وعلى هذا فيثبت خيار الغبن في كل من عقد البيع، والإجارة، ويلتحق بهما عقد الصلح، والقسمة؛ لأن كلاً منهما يؤول إلى عقد البيع، و الإجارة.

اثر خيار الغبن في لزوم العقد:

خيار الغبن يصير العقد اللازم عقداً جائزاً، فالمغبون يحق له أن يطالب بما زاد عن الثمن المعتاد، وإلا حق له أن يفسخ العقد لعدم لزومه مع هذا الغبن، فكان خيار الغبن مانعاً من لزوم العقد.

وبهذا النوع من الخيار تنتهي أنواع الخيار التي تبين منعها للزوم العقد.

---

(١) المعونة ١٠٤٩/٢، المغني ٣٦/٦.

(٢) كشاف القناع ٢١٢/٣.

الفصل الثاني

سوالب اللـزوم

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: الإقـالة.

المبحث الثاني: الجائحة.



المبحث الأول

الإقالـة

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الإقالة ومشروعيتها

تعريف الإقالة:

في اللغة: مأخوذ من: أقال، يقيل، إقالة، وفي لغة: قال، يقيل، قيلاً، كلّه بمعنى الرفع، يقال: أقال الله عثرته، إذا رفعه بعد سقوطه[١].

وفي الاصطلاح: رفع العقد[٢].

مشروعية الإقالة:

دل على مشروعية الإقالة: السنة، والإجماع، والعقل.

أما السنة: فحديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (**من أقال مسلماً أقال الله عثرته**)[٣]. ففي هذا الحديث ندب إلى الإقالة لمن ندم على عقده، ووعد لمن أقال بأن المولى سبحانه يقيل عثرته يوم القيامة، وهذا يدل على فضل إقالة النادم، وحسن جزاء الله سبحانه وتعالى له في الآخرة، ولفظ الحديث عام فيشمل جميع أنواع العقود اللازمة من حيث الأصل.

---

(١) لسان العرب ٥٧٩/١١، المصباح المنير ١٩٩.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، البحر الرائق ١١٠/٦، مواهب الجليل ٤٨٤/٤، الخرشي على خليل ١٦٥/٥، روضة الطالبين ٤٩٥/٣، كشاف القناع ٢٤٨/٣.

(٣) أخرجه أبو داود ٢٧٤/٣، وابن ماجة ٧٤١/٢، نصب الراية ٣٠/٤، التلخيص الحبير ٢٧/٣، وذكر تصحيح ابن حزم رحمه الله له، وقال محقق جامع الأصول: إسناده صحيح، جامع الأصول ٤٤٠/١.

وأما الإجماع فقد قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله نقلاً عن ابن المنذر رحمه الله: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة»[١] ا.هـ. وهذا الإجماع وإن كان وارداً في عقد السلم إلا أنه لا فرق بينه وبين سائر البيوعات، حيث تشرع فيها الإقالة[٢].

وأما العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن العقد من حق العاقدين فيملكان رفعه كما ملكا التعاقد عليه[٣].

الوجه الثاني: وجود الحاجة، حيث قالوا: إن بالناس حاجة إلى الإقالة، كحاجتهم إلى البيع، فشرعت لهذه الحاجة[٤].

فظهر أن الإقالة من الأمور التي شرعها الإسلام رفعاً لما يحصل من ندم على إجراء التعاقد، واعتقاد حصول ضرر بهذا العقد، كما إذا تسرع فيه، و تبين له عدم حاجته إلى المعقود عليه، أو غيرها من الأسباب الطارئة التي تؤدي إلى ندم العاقدين، أو أحدهما، فإذا اتفق الطرفان على الإقالة فإنه يشرع العمل بها لثبوت هذه الأدلة النقلية، والعقلية.

المطلب الثاني
شروط الإقالة

الإقالة كما سبق تعتبر فسخاً للعقد الذي لزم للطرفين، أو لأحدهما، وهي تحتاج إلى شروط حتى يحكم بصحتها، ومن ثم يحكم بترتب الآثار المعتبرة عليها، وهذه الشروط هي:

---

(١) المغني ٤١٧/٦، ينظر شرح فتح القدير ٤٤٨/٦.

(٢) الاختيار ١١/٢، الموطأ ٦٧٦/٢، روضة الطالبين ٤٩٥/٣، الإقناع ١١٣/٢.

(٣) شرح فتح القدير ٤٤٨/٦.

(٤) الاختيار ١١/٢.

الشرط الأول: الرضا من المتقايلين:

يشترط في الإقالة أن تكون صادرة برضا من العاقدين ؛ لأن الإقالة رفع للعقد اللازم، فكما يشترط الرضا في إثبات العقد، كذلك يشترط في فسخه[1].

الشرط الثاني: اتحاد المجلس:

وذلك بأن يكون المتقايلان حاضرين في المجلس فلو كان أحدهما غائباً عن المجلس لم تصح ؛ لأن الغائب حالته مجهولة هل يرضى بالإقالة، أم لا ؟[2] وهناك قول عند الحنابلة رحمهم الله أنه لا يشترط اتحاد المجلس بمعنى لو قال: أقلني فدخل الدار، وقال على الفور: أقلتك صحت الإقالة[3]. فهنا لم يتحد المجلس بين المتقايلين بل تغير، حيث انتقل أحدهما من مكانه، لكن يفهم من ذلك أن الفورية مشترطة في صحة الإقالة، وهي تقرب من اتحاد المجلس.

الشرط الثالث: أن تكون بمثل الثمن الأول:

يشترط في الإقالة أن تكون بمثل الثمن الأول، دون زيادة ولا نقص ؛ ذلك أن الإقالة هي رد للأمر الذي كان عليه العاقدان قبل الإقالة[4].

الشرط الرابع: بقاء المقال فيه وقت الإقالة:

تقتضي الإقالة أن يعود المقال فيه إلى من انتقل منه، أما إذا كان هالكاً فإن الإقالة لا تصح[5].

الشرط الخامس: أن يكون العقد قابلاً للإقالة:

فأما إذا لم يكن العقد قابلاً للإقالة فإنها لا تصح، ولو تراضى الطرفان على الإقالة، وسيأتي تفصيل العقود القابلة للإقالة.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٣٠٨، المهذب ١/٣٠٩، المغني ٦/٢٠١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٣٠٨، القواعد ٤١٢، الإنصاف ٤/٤٧٦، كشاف القناع ٣/٢٥٠.

(٣) كشاف القناع ٣/٢٥٠.

(٤) القواعد ٤١١، ينظر المغني ٦/٢٠٠، والإنصاف ٤/٤٧٦، كشاف القناع ٣/٢٥٠.

(٥) بدائع الصنائع ٥/٣٠٩، الإنصاف ٤/٤٧٧.

هذه هي الشروط التي تشترط في صحة الإقالة، فإذا توفرت؛ فإن الإقالة تكون صحيحة، وبموجب هذه الإقالة ينفسخ العقد الذي كان لازماً قبل حدوثها، ومن ثم تترتب عليها الآثار المعتبرة فيها شرعاً.

المطلب الثالث

العقود اللازمة التي تؤثر فيها الإقالة

الإقالة فسخ للعقد من حينه، غير أن الإقالة لا تؤثر على جميع العقود، بل هناك عقود لازمة لا تقبل الإقالة، كما أن العقود الجائزة بطبيعتها غير قابلة للإقالة، فلكلا المتعاقدين حق الفسخ، وإن لم يرض صاحبه، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

أولاً: الإقالة في العقود الجائزة:

العقود الجائزة التي لا تتحول إلى لازمة كالوديعة، والشركة، والوكالة، فالإقالة لا تؤثر عليها؛ لأن هذه العقود توصف بالجواز، وهو يقتضي أن للعاقد الفسخ متى ما شاء، وإن لم يرض صاحبه، فهي محتمله للفسخ بطبيعتها، دون حاجة للإقالة، وقد تقدم من أقوال أهل العلم رحمهم الله حول هذه العقود ما يدل على ذلك فلا حاجة إلى إعادته.

ثانياً: الإقالة في العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم:

وأما العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم، فإن كانت في حالة الجواز فهي كما سبق لا تأثير للإقالة فيها، أما بعد لزومها فإن المتعاقدين إذا تراضيا على الإقالة فلهما ذلك، وهذه العقود هي: الرهن، والقرض، والعارية، والهبة، والجعالة، والمسابقة، والمضاربة.

ففي العقود الخمسة الأولى يكون اللزوم في جانب طرف واحد، فإذا أراد ترك العقد، كان له ذلك؛ لأن العقد جائز في حقه، وهو ليس بحاجة إلى إقالة، وأما من كان العقد في جانبه لازماً فإن رضي صاحب الحق بإسقاط حقه وهو ـ لزوم العقد ـ؛ فله ذلك لأن الحق له، وقد رضي بإسقاطه.

ففي الرهن العقد لازم في جانب الراهن، جائز في حق المرتهن بعد القبض فلو سلم المرتهن الرهن للراهن، ورضي ببيعه، أو التصرف فيه، فإن اللزوم في حق الراهن يسقط؛ لأن المرتهن رضي بإسقاط حقه فيه، فلم يعد لازماً، ويكون إسقاطه بمثابة الإقالة له[1].

وفي القرض العقد لازم في جانب المقرض، جائز في حق المقترض بعد القبض، فلو أن المقترض سلم القرض للمقرض، ولو كان قبل انتهاء المدة المتفق عليها؛ فإنه لا يجبر؛ لأن الحق له في الانتفاع من القرض، وقد أسقط حقه، ورضي بأن يقيل المقرض من لزوم القرض[2].

وفي العارية العقد لازم في جانب المعير، جائز في جانب المستعير بعد التسليم، فإن المستعير إذا أراد إرجاع العارية إلى المعير قبل أن ينتفع بها، أو قبل انتهاء مدتها إن كانت محددة بمدة، فكأنه أقال المعير من لزوم هذه العارية، وأسقط حقه في الانتفاع الذي لزم المعير الوفاء به من أجل المستعير.

وفي الهبة العقد لازم بعد القبض في جانب الواهب، جائز في جانب الموهوب له، فالواهب لا يملك الرجوع بعد اللزوم، أما الموهوب فإنه لو أقال الواهبِ من لزوم العقد، فإن ذلك من حقه؛ لأن الحق في ملكية الهبة له، وقد أسقطه، وإذا كانت الإقالة جائزة في البيع، وهو يقصد منه العوض، فلأن تجوز في الهبة من باب أولى؛ لأن المراد منها الإرفاق .

وفي الجعالة تكون لازمة بعد العمل في حق الجاعل، جائزة في حق المجعول له، فإذا تنازل المجعول له عن الجُعل الذي وجب له بإحضار ذلك الشيء، فالتنازل صحيح، وهو بمثابة إقالته للجاعل، وقد رضي بإسقاط حقه الذي وجب له بذلك.

---

(١) الهداية ٤/١٤٥ .

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/٧٢٧.

وفي المسابقة إذا كانت بعوض، وظهر الفضل لأحدهما، فالفاضل يكون العقد في حقه جائزاً، فإذا أسقط حقه في الحصول على العوض فله ذلك[١].

وأما في المضاربة؛ فهي بعد الشروع تكون من العقود التي تلزم الطرفين، فلا يحق لأحدهما الفسخ إلا برضا الطرف الآخر، وإذا تم ذلك فهذا هو مضمون الإقالة.

وفي عقد الوصية لا يكون اللزوم إلا بعد موت الموصي، وفي هذه الحالة يلزم الورثة بتنفيذ هذه الوصية على وفق مراد الموصي، إذا كانت خالية من الجنف، فالإقالة لا تدخل في الوصية بعد لزومها، وذلك بعد موت الموصي.

ثالثاً: الإقالة في العقود اللازمة في حق طرف واحد:

العقود التي تلزم طرفاً واحداً، منها ما لا يقبل الإقالة، وهو عقد الوقف، والتدبير.

فأما الوقف: فهو من العقود التي تكون ناجزة، فإذا صدر من المكلف فإنه لا يجوز له أن يرجع عنه، فقد بين الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله أنه لم ينقل عن السلف رحمهم الله رجوع أحد منهم في وقفه، ولا عن أحد من ورثتهم، مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزاً لفعلوه ولنقل إلينا[٢]. وقد صرح الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بأن الإقالة لا تدخل الوقف فقال: «والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة، ولا غيرها»[٣].

أما التدبير فإن السيد ليس له أن يرجع في تدبيره لعبده بالقول، على الراجح، وعند من قال: بجواز الرجوع، فإنه جعله وصية فلا تلزم إلا بعد وفاة السيد، فإذا مات فإن الوصية لازمة حينئذ، ولا إقالة في الوصية بعد لزومها كما سبق.أما الرجوع

---

(١) المهذب ١/٤٢٠.

(٢) الحاوي الكبير ٧/٥١٣.

(٣) المقنع ٢/٣٢٩.

بالفعل فليس للسيد ذلك، إلا في موضع الحاجة، وهو إذا كان على السيد دين لا يستطيع سداده، إلا ببيع ذلك المدبر، فيجوز لوجود الحاجة، ولا يتعدى.

بقي من العقود التي تلزم أحد الطرفين: عقد الضمان، والكفالة، والأمان، والذمة، فهذه العقود تقبل الإقالة، وتكون من حق الذي يكون العقد في حقه جائزاً، دون الطرف الآخر الذي يوصف العقد في حقه باللزوم.

ففي الضمان يحق للمضمون له أن يبرئ ذمة المضمون عنه، أو الضامن، وإذا فعل ذلك فقد أسقط حقه، وأقال الضامن من هذا العقد، والمكلف لا يرد من إسقاط حقه الواجب له[١].

وهكذا يقال في الكفالة، فإن الكفيل ليس له أن يرجع في كفالته، لكن لو قام المكفول له بإسقاط حقه، فإنه يعتبر مسقطاً لحقه، ورضي بإقالة الكفيل من هذه الكفالة[٢].

وأما في عقد الأمان فإنه من العقود التي تلزم المسلم، دون الكافر، لكن لو طلب الكافر أن ينهي عقد الأمان لجاز ذلك للمسلم، ووجب أن يبلغه المكان الذي يأمن فيه، فيكون عقد الأمان من العقود التي تقبل الإقالة من جانب واحد، وهو الذي يكون العقد جائزاً في حقه[٣].

وهكذا عقد الذمة فإن الكفار إذا استقاموا بالعقد فإن المسلمين يلزمون بالوفاء بذلك العقد، فإذا أراد الكفار نقض العهد، وعدم دفع الجزية، حل للمسلمين قتالهم، فكأنهم أقالوا المسلمين من لزوم ذلك العقد في حقهم[٤].

---

(١) المغني ٨٧/٧.

(٢) الحاوي الكبير ٢٩/٥.

(٣) روضة الطالبين ٢٨١/١٠ .

(٤) بدائع الصنائع ١١٢/٧ .

رابعاً: الإقالة في العقود اللازمة في حق الطرفين:

إذا كان العقد الذي يلزم الطرفين جميعاً من عقود المعاوضات المالية، كعقد البيع، والشفعة، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والصلح، والقسمة، فإن أمثال هذه العقود تقبل الإقالة.

أما البيع وما في حكمه فلورود النص بمشروعية الإقالة فيه، فإذا انعقد البيع، ولزم، فإنه لا يقبل الفسخ إلا عن طريق الإقالة، أو لوجود عذر شرعي يوجب الفسخ، فإذا وردت الإقالة على البيع أزالت أثره وهو اللزوم في حق الطرفين[1]، وهكذا الشفعة فإنها بيع في الحقيقة.

وأما في السلم، فإذا كانت الإقالة في جميع المسلم فيه، فالإقالة تصح وذلك بإجماع أهل العلم، فقد نقل الإمام الموفق رحمه الله عن ابن المنذر رحمه الله أن أهل العلم رحمهم الله أجمعوا على صحة الإقالة في السلم إذا كان في جميع المسلم فيه، فقال رحمه الله: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة»[2] ا.هـ.

أما إذا كانت الإقالة في بعض المسلم فيه، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في صحة الإقالة على قولين:

القول الأول: أن الإقالة تصح في بعض السلم كما تصح في جميعه، وهو مذهب الحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، رحمهم الله.

---

(١) الاختيار ٢/١١، مواهب الجليل ٤/٤٨٥، روضة الطالبين ٣/٤٩٥، كشاف القناع ٣/٢٤٩.

(٢) المغني ٦/٤١٧، ينظر شرح فتح القدير ٦/٤٤٨.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢١٥.

(٤) الأم ٣/٧٧، حلية العلماء ٤/٣٨٧.

(٥) الإنصاف ٥/١١٣، كشاف القناع ٣/٣٠٨.

القول الثاني: أن الإقالة لا تصح في بعض السلم، وهو مذهب المالكية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(تصح الإقالة في بعض المسلم فيه) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما من النقل: فحديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(من أقال مسلماً أقال الله عثرته).**

وجه الدلالة: أن نص الإقالة مطلق لا يفصل بين حالٍ، وحال، وكذا جواز اعتراض الندم قائم في الحالين[٣].

وأما من العقل فقالوا: إن الإقالة مندوب إليها، وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض؛ كالإبراء، والإنظار.[٤]

دليل القول الثاني:

(لا تصح الإقالة في بعض المسلم فيه) استدلوا بالعقل فقالوا:

إن السلف في الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل، فإذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن، وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه، فلم يجز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد[٥].

---

(١) المدونة ٣/١٦٠، مواهب الجليل ٤/٤٨٤.

(٢) المغني ٦/٤١٧، الفروع ٤/١٨٤.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢١٤.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المغني ٦/٤١٧.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بجواز، وصحة الإقالة في بعض المسلم فيه؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أن التعليل الذي ذكره أصحاب القول الثاني مبني على وجود منفعة السلف وزيادة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه، فيكون أشبه في نظرهم بالبيع والسلف، وقد أجاب الإمام الشافعي رحمه الله عن ذلك بقوله: «ومن سلف رجلاً مائه دينار في مائه إردب طعاماً إلى أجل، فحل الأجل، فسأله الذي عليه الطعام أن يدفع إليه خمسين إردباً، ويفسخ البيع في خمسين، فلا بأس بذلك إذا كان له أن يفسخ البيع في المائة كانت الخمسون أولى أن تجوز، وإذا كان له أن يقبض المائة كانت الخمسون أولى أن يقبضها، وهذا أبعد ما خلق الله من بيع وسلف، والبيع، والسلف الذي نهى عنه أن تنعقد العقدة على بيع، وسلف، وذلك أن أقول أبيعك هذا بكذا، على أن تسلفني كذا...»[1]، وبهذا يظهر صحة الإقالة في السلم سواء كانت في كل المسلم فيه، أو بعضه.

وأما في عقد الصرف فإن المتصارفين إذا تقايلا فإن الإقالة صحيحة؛ لأن الصرف نوع من البيع، وقد ورد النص في استحباب الإقالة لمن ندم في البيع، فيكون ذلك عاماً يشمل الصرف، لكن هل يشترط التقابض في مجلس الإقالة قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أنه لا يشترط التقابض في مجلس العقد وهو مذهب الشافعية على القول بأنها فسخ[2].

---

(١) الأم ٣/٧٧.

(٢) المصدر السابق.

القول الثاني: أنه يشترط التقابض في مجلس العقد وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، وهذا الخلاف مبني على اعتبار الإقالة هل هي فسخ، أو بيع، وقد تقدمت هذه المسألة، فعلى القول بأنها بيع حكم بلزوم التقابض، بناء على ما تقدم من النصوص الشرعية الدالة على وجوب التقابض في عقد الصرف.

وأما على القول بأنها فسخ فالأمر فيه يسير؛ لأنه لا يرى أنها بيع، والأصل أن اشتراط التقابض مبني على وجود بيع الصرف، وهذا ليس ببيع صرف، فيصح أن يكون قرضاً مؤجلاً كسائر الأموال.

وأما في الإجارة فقد سبق أن عقد الإجارة يعتبر من عقود تمليك المنافع بعوض، وهو لازم للطرفين، فإذا تراضيا على الإقالة، فإن الإقالة تصح، فالحق لهما، وقد أسقطا حقهما، فلا يمنعان من ذلك[٣].

وأما الصلح فإن الإقالة تدخله؛ إلا أن يكون صلحاً على القصاص[٤]، وأما في المساقاة، والمزارعة فإذا اتفقا على الإقالة، ورضيا بذلك فإن الإقالة صحيحة؛ ذلك أنهما من العقود التي تلزم الطرفين بالقول، كما سبق بيانه ولأنهما تقاسان على الإجارة بجامع أن العمل فيهما في أعيان تبقى بحالها .[٥]

وفي الحوالة إذا أحاله على مليء، فإن الحوالة تكون لازمة للمحيل، والمحال، لكن لو أرادا الرجوع عن ذلك، وتراضيا على التقايل كان ذلك لهما؛ لأن الحق لهما، وقد رضيا بإسقاطه، كسائر العقود اللازمة .

---

(١) بدائع الصنائع ٣٠٨/٥.

(٢) المدونة ١٥٦/٣ .

(٣) الاختيار ٥١/٢، كشاف القناع ٢٤٩/٣.

(٤) بدائع الصنائع ٥٤/٦.

(٥) مغني المحتاج ٤٤٦/٢.

وهكذا في المكاتبة إذ هي لازمة للطرفين، المكاتب، والسيد، ولذا فليس لأحدهما فسخها إلا برضا الطرف الآخر، فيرتفع لزوم هذا العقد للطرفين إذا اتفقا على الإقالة؛ لأنها تحصل بينهما بعد الرضا منهما .

وفي الهدنة إذا رأى الطرفان فسخها، فإن لهما ذلك، ولذا فهي ترفع بالإقالة، فإذا تقايلا برضا من الطرفين، فإن الهدنة كأن لم تكن، وتعود حالة الحرب بين المسلمين، والكافرين كما كانت.

بقي من العقود التي تلزم الطرفين عقد النكاح، والخلع، والطلاق بعوض، وهذه العقود لا تقبل الإقالة وإن رضي الطرفان بذلك.أما النكاح فإن الذي يرفعه هو: الطلاق، أو الخلع، وليس للإقالة مدخل فيه، إلا على القول باعتبار الخلع فسخاً[1]، فإنه يشبه الإقالة في البيوع حينئذ[2].

وهكذا الخلع، والطلاق بعوض، إذا وقع لا يرفع أثره بالإقالة، ولو تراضيا بذلك، فإن الخلع، والطلاق بعوض يرفعان أثر العقد، فلا تدخلهما الإقالة؛ إذ يلزم من ذلك أن الإقالة ترفع ما يرفع العقد، فإذا حدث الخلع، والطلاق بعوض، فإن أثرهما يقع، وهو الفرقة بين الزوجين، فلا يجتمعان إلا بعقد، ومهر جديدين، وقد سبق ذكر ما قاله الشيخ زين الدين بن نجيم رحمه الله .

ويدل لعدم دخول الإقالة في مثل هذه العقود أن الخيار لا يدخلها، بمعنى أنه لو عقد النكاح، فليس له الفسخ بالخيار، وهكذا في الخلع، والطلاق بعوض. أما العتق بعوض فإنه لا تدخله الإقالة، فقد سبق بأن العتق يلزم السيد، ويصير العبد حراً، وأن قيمته تبقى ديناً في ذمته .

يستخلص من جميع ما سبق أن الإقالة لها تأثير في جميع العقود اللازمة للطرفين ماعدا النكاح، والخلع، والطلاق بعوض، والصلح على القصاص، والعتق بعوض.

---

(١) روضة الطالبين ٣٧٥/٧، كشاف القناع ٢١٦/٥.

(٢) البحر الرائق ١١/٦ .

كما أن لها تأثيراً في العقود التي تلزم طرفاً واحداً ماعدا الوقف، والوصية، وهكذا التدبير عند من جعله وصية.

أما العقود الجائزة فإن الإقالة لا تدخلها؛ لأن طبيعتها أنها تقوم على قبول الفسخ دون الحاجة إلى إقالة أحد الطرفين للآخر.

المطلب الخامس

أثر الإقالة في سلب لزوم العقد

إذا وردت الإقالة على العقد اللازم فإنها ترفع أثره، وتكون منهية للعلاقة بين الطرفين، حيث يصبح كل واحد من العاقدين غير مرتبط بهذا العقد، وهذا يتطابق مع المعنى اللغوي للإقالة، وهو الرفع، والإزالة.

الإقالة في حقيقتها فسخ للعقد، وأنه يكون من حين الفسخ وليس من أصل العقد، فإن ما حصل من نماء منفصل في المعقود عليه، يكون للمشتري، ومن في حكمه[1]؛ لأن الضمان في ذلك الوقت عليه فيكون الخراج له لقوله ﷺ: **(الخراج بالضمان)**.

وليس هذا محل اتفاق بل هناك من يبطل الإقالة إذا حدثت في المعقود عليه زيادة[2]، كما أن من أهل العلم رحمهم الله الذين قالوا: بأنها تكون فسخاً للعقد من أصله، جعلوا الزوائد للبائع[3].

والذي يترجح أن النماء المنفصل، والكسب يكون للمشتري ومن في حكمه؛ للنص الوارد في ذلك، إذ الضمان عليه، فيكون الخراج، والنماء له، ولأن الإقالة تكون فسخاً للعقد من حين الفسخ وليس من أصله.

---

(١) الإقناع ٢/١١٣، ينظر كشاف القناع ٣/٢٥٠.

(٢) ينظر مجمع الأنهر ٢/٧٢، الخرشي على خليل ٥/٨٨.

(٣) مغني المحتاج ٢/٨٩، القواعد ٤١٢.

وأما النماء المتصل فيكون للبائع ؛إذ لا يتصور فصل هذا النماء عن المعقود عليه ، ولهذا نجد أهل العلم رحمهم الله يذكرون النماء المنفصل ، دون المتصل ؛ فالسلعة سوف ترد إلى البائع بحالها التي هي عليها بما فيها من نماء متصل .

وبهذا يتضح أن الإقالة سالبة للزوم العقد الذي يكون للطرفين ، أو لأحدهما إلا ما استثني من ذلك.

المبحث الثاني

الجائحـــة

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الجائحة ومشروعيتها

في اللغة: مأخوذة من قولهم جاح الشيء، يجوحه، جوحاً، وجياحة، إذا استأصله، وأهلكه، ومنه قولهم: جاحتهم السنة جوحاً، إذا استأصلت أموالهم، فلم تدع لهم بقية، وفي الحديث: أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: (إن أبي يريد أن يجتاح مالي)[١] أي يستأصله ويأتي عليه أخذاً، وإنفاقاً[٢].

وفي الاصطلاح: مالا يستطاع دفعه وإن علم به[٣].

هذا التعريف يشمل صور الجائحة المتعددة من برد، ومطر، وريح، وجيش، ونحو ذلك، فمثل هذه الأشياء لا يمكن أن يدفعها الإنسان، ولو علم بها.

مشروعية وضع الجوائح:

لما كان المقصود من عقود المعاوضات الحصول على المعقود عليه على الحالة التي تم التعاقد عليها، فإن معنى ذلك أنه إذا حدث تلف، أو ضرر في المعقود عليه، أن يراعى حال العاقد المتضرر بذلك، وأن يخفف عليه من مصيبته التي وقعت عليه جراء هذه الجائحة؛ لذا فقد جاءت الأدلة بمشروعية وضع الجوائح من الكتاب، والسنة، والعقل.

---

(١) أخرجه ابن ماجة، وفي الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله ثقات على شرط البخاري، سنن ابن ماجة٢/٧٦٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة ١/٤٩٢، الصحاح ١/٣٦٠، لسان العرب ٢/٤٣١.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٣٠، ينظر بقية التعاريف: الخرشي على خليل ٥/١٩٠، بلغة السالك ٢/٨٨، الأم ٣/٥٨، المغني ٦/١٧٩، كشاف القناع٣/٢٨٥.

أما الكتاب: فهناك آيات كثيرة تدل على مشروعية وضع الجوائح منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال تعالى فيما ذم به بني إسرائيل: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ١٦١].

ووجه الدلالة: أن المولى سبحانه نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ أحد العوضين مع تلف الآخر قبل التمكن من الاستلام هو من أكل المال الباطل، فكان منهياً عنه، فلزم وضع الجائحة.[1]

وأما السنة: فما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **(لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق)**[2].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ نهى أن يأخذ المسلم المال مقابل المعقود عليه الذي أصابته جائحة؛ لأن ذلك أخذ للمال بغير حق.

وعن جابر بن عبد الله رضي لله عنهما أن النبي ﷺ: (أمر بوضع الجوائح)[3].

ووجه الدلالة: أنه ﷺ أمر بأن توضع الجوائح، والأمر يقتضي الوجوب فدل ذلك على وجوب وضع الجائحة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بعد ذكره حديث جابر ﷺ هذا: «وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل، وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شئ من الثمن أخذ ماله بغير حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل؛ لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض»[4].

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٦٤/٣٠.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٩/٥.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٩/٥.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٦٨/٣٠.

وأما العقل: فإن المعاوضة كالبيع، والإجارة، مبنية على العدل، والتساوي بين الطرفين، فلم يبذل أحد العاقدين ما بذله إلا لأجل أن يحصل له مقصوده، ومطلبه، فهما آخذ، ومعط، طالب، ومطلوب، فإذا تلف المقصود بالعقد وهو المعقود عليه قبل التمكن من قبضه لم يجب أداء المقابل له، وذلك كتلف العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها، وتلف ما بيع بكيل، أو وزن قبل تمييزه، وإقباضه، ونحو ذلك[1].

وبهذا ظهر أن وضع الجوائح من الأمور المشروعة.

المطلب الثاني

حكم وضع الجائحة

وردت النصوص بوضع الجوائح في الثمار، و اختلف أهل العلم رحمهم الله في الجائحة التي تصيب الثمار التي بدا صلاحها، ولم يكتمل نضجها، واستواؤها، ولم يقبض المشتري الثمرة، وإنما تركها حتى تكتمل فإذا أصابتها الجائحة في هذا الوقت هل تكون في مال البائع، أو في مال المشتري ؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن وضع الجائحة يكون واجباً على البائع، فيكون الضمان عليه، وهو مذهب المالكية[2]، والحنابلة[3]، والشافعي في القديم[4]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الجائحة لا توضع وعلى المشتري تحملها، وهو مذهب الحنفية[5]، والشافعي في الجديد، وهو أظهر القولين[6]، رحمهم الله.

---

(١) المصدر السابق ٢٦٦/٣٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٣٠ الذخيرة ٢١٣/٥ .

(٣) المغني ١٧٧/٦ ، كشاف القناع ٢٨٥/٣ .

(٤) نهاية المحتاج ١٥٤/٤ ، مغني المحتاج ١٢٥/٢.

(٥) شرح معاني الآثار ٣٦/٤، بدائع الصنائع ٢٤١/٥ .

(٦) الأم ٥٧/٣، روضة الطالبين ٥٦٤/٣ ، مغني المحتاج ١٢٥/٢.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن الجائحة توضع) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وجه الدلالة: أن الله تبارك وتعالى نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ البائع للثمن بعد حصول الجائحة هو أخذ للشيء، دون مقابل؛ لأن مقصود العاقدين من العقد هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه، ولم يحصل تقابض، فكان أخذه لهذا الثمن أكلاً للمال بالباطل، وهو ما نصت الآية على تحريمه.

وأما من السنة: فحديث عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (**لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق**). وفي رواية (أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح).

وجه الدلالة: أن الحديث نص في وجوب وضع الجائحة، وأنها تلزم البائع، وأنه لا يحل له أن يأخذ في مقابل المال المجتاح شيئاً.

وأما دليلهم من العقل: فمن أربعة وجوه، وهي:

الوجه الأول: أن بيع الثمار على رؤوس النخل في معنى الإجارة؛ لأنها تؤخذ أولاً فأولاً كالمنافع التي تستوفى أولاً، فأولاً، وقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المكري، كذلك الثمار.

الوجه الثاني: أن التخلية بمجردها لا تكون قبضاً في الثمار، بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع.

الوجه الثالث: أن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية.

الوجه الرابع: أنها ثمرة مباعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها، كالتلف بالعطش[١].

دليل القول الثاني:

(أن الجائحة لا توضع) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان:

الحديث الأول: عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهما يستوضع الآخر، ويسترفقه في شيء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: **(أين المتألي على الله لا يفعل المعروف؟)** فقال: أنا يا رسول الله، وله أي ذلك أحب[٢]. وفي رواية قالت عمرة رحمها الله: ابتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله ﷺ، فعالجه، وأقام فيه، حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع عنه، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى الرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: **(تألى أن لا يفعل خيراً)**، فسمع بذلك رب المال، فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله هو له[٣].

وجه الدلالة: أن قول رسول الله ﷺ: **(تألى أن لا يفعل خيراً)** يدل على عدم وجوب وضع الجائحة، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول:

---

(١) المعونة ١٠١٩/٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١٧٠/٣.

(٣) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٦٢١/٢ والإمام الشافعي في الأم ٥٧/٣، كلاهما مرسلاً.

ذلك لازم لـه حلف، أو لم يحلف ؛ ذلك أن كل من كان عليه حق يقال لـه : إن امتنعت من أدائه أخذ منك بكل حال[١].

أما الحديث الثاني : فحديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال : أصيب رجل من ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ : **(تصدقوا عليه)**، فتصدق عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ : **(خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)**[٢].

ووجه الدلالة : أن الرسول ﷺ لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار وفيهم باعتها[٣]، ولو كان وضع الجائحة واجباً، لأسقط رسول الله ﷺ عنه شيئاً من الديون التي للباعة .

أما دليلهم من العقل فقالوا : إن التخلية كافية في جواز التصرف، فكانت كافية في نقل الضمان، قياساً على العقار[٤].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بوضع الجوائح ؛ وذلك لما يأتي :

أولاً : صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل، والعقل، وما قيل بأن الحديثين محمولان على الأراضي الخراجية، أو يحملان على ما لم يقبض، أو على ما لم يبدو صلاحه، فإنه تأويل مردود لمخالفته للظاهر.

قال الإمام أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله بعد ذكره لهذه التأويلات : «وهذه التأويلات كلها خلاف الظاهر، والظاهر يوجب وضع الجوائح»[٥]اهـ.

---

(١) الأم ٣/٥٧.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٥/٣٠ .

(٣) شرح معاني الآثار ٤/٣٦.

(٤) مغني المحتاج ٢/١٢٥ .

(٥) التمهيد ٢/١٩٧.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث عمرة بنت عبد الرحمن فيجاب عنه من ثلاثة وجوه:

الأول: أن هذا الحديث مرسل، قال الإمام الشافعي رحمه الله: " وحديث مالك عن عمرة، مرسل، وأهل الحديث، ونحن لا نثبت مرسلاً "[١]اهـ

الثاني: أن فعل الواجب خير، فإذا تألى أن لا يفعل الواجب، فقد تألى ألا يفعل خيراً، وأما عدم إجبار الرسول ﷺ له بفعل ذلك الواجب، فلأن رسول الله ﷺ لا يجبره على الفعل بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع، ولا حضوره.[٢]

الثالث: أن هذا الحديث ليس في الجائحة، فلم يرد ذكر الجائحة بأي وجه، وإنما فيه أن المشتري عالج الثمر، وأقام عليه حتى تبين له النقصان.

قال الإمام ابن القيم رحمه الله: «وأما المعارضة بخبر مالك؛ فمن أبطل المعارضات وأفسدها، فأين فيه أنه أصابته جائحة بوجه ما؟ وإنما فيه أنه عالجه، وأقام عليه حتى تبين له النقصان، ومثل هذا لا يكون سبباً لوضع الثمن»[٣].

ثالثاً: أما استدلالهم بحديث أبي سعيد ﷺ فيجاب عنه من ثلاثة وجوه:

الأول: أن هذا الحديث مجمل، فالذي ورد فيه أن رجلاً اشترى ثماراً، فكثرت ديونه وهذا يحتمل أنه كان بسبب قلة السعر، ورخصه، أو أن التلف كان بعد كمال الصلاح، أو أن هذا كان قبل نهيه ﷺ أن تباع الثمار قبل بدو صلاحها.

الثاني: لو فرض أن ذلك كان بسبب الجائحة، فهو منسوخ؛ لأنه باق على حكم الأصل، وحديث جابر ﷺ بوضع الجوائح ناقل عنه[٤].

---

(١) الأم ٥٧/٣.

(٢) المغني ١٧٨/٦.

(٣) أعلام الموقعين ٣٥٨/٢.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيميه ٢٧٣/٣٠، بداية المجتهد ٥٥/٥.

الثالث: أن في الأخذ بحديث أبي سعيد ﷺ مقابل حديث جابر رضي الله عنهما فيه رد للمحكم بالمتشابه، فليس في حديث أبي سعيد ﷺ أنه أصيب فيها بجائحة، بل لعله أصيب بانحطاط سعرها، أو غير ذلك، ثم ليس فيه أنه طلب الفسخ، أو أنه طلب أن توضع عنه الجائحة، بل لعله رضي بالمبيع، ولم يطلب الوضع، والحق في ذلك له إن شاء طلبه، وإن شاء تركه، فأين في الحديث أنه طلب ذلك، وأن النبي ﷺ منع منه؟ ولا يتم الدليل إلا بثبوت المقدمتين، فكيف يعارض نص قوله الصحيح، الصريح، المحكم الذي لا يحتمل غير معنى واحد، وهو نص فيه، بهذا الحديث المتشابه؟[1].

رابعاً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه: أنه لا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض والضمان، بدليل أن المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً فحالاً، فإذا تلفت قبل قبضها بالجائحة كانت من ضمان البائع[2].

وبهذا يظهر رجحان القول بوجوب وضع الجائحة في الثمار التي تلفت قبل اكتمال نضجها، وقبل تسلمها.

المطلب الثالث

المقدار الذي توضع فيه الجائحة

قد تقرر في المطلب السابق رجحان القول القاضي بوضع الجائحة، وأن الضمان يكون على البائع، وفي هذا المطلب أشير إلى مسألة المقدار الذي يجب أن توضع في حدوده الجائحة، بمعنى هل هناك تحديد للجائحة إذا بلغته وجب وضعها، وإن لم تبلغه لم يجب أن توضع؟.

---

(١) أعلام الموقعين ٣٥٨/٢.

(٢) المغني ١٧٨/٦.

والجواب أن أهل العلم رحمهم الله اتفقوا على أن الجائحة إذا كانت بسبب العطش فإن الضمان يكون على البائع، سواء قلّت الجائحة، أو كثرت[١].

أما إذا لم تكن بسبب العطش فقد اختلفوا رحمهم الله في تحديد مقدار الجائحة التي يجب أن توضع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب وضع الجائحة في القليل، والكثير، إلا ما جرت العادة بتلفه من اليسير؛ فإنه لا يلتفت إليه، وهو مذهب الحنابلة[٢]، وقول الشافعي في الجديد[٣]، رحمهم الله.

القول الثاني: التفريق بين البقول، وغيرها، فإن كان في البقول فتوضع الجائحة في القليل، والكثير، وإن كان في غيرها فلا يوضع؛ إلا ما كان في الثلث فما فوق، وهو المشهور عند المالكية رحمهم الله[٤].

القول الثالث: أن الجائحة لا توضع إلا إذا بلغت الثلث فما فوق، أما إذا كانت أقل من الثلث فلا توضع، وهو قول المالكية المشهور في غير البقول، [٥]ورواية عن الحنابلة، [٦]رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الجائحة توضع في القليل، والكثير) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فما تقدم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٣٠، الأم ٣/٥٩، المغني ٦/١٧٩.

(٢) المغني ٦/١٧٩، الإنصاف ٥/٧٤، كشاف القناع ٣/٢٨٥.

(٣) الأم ٣/٥٧.

(٤) المدونة ٤/١٨، بداية المجتهد ٥/٥٧، عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٣٠.

(٥) المعونة ٢/١٠٢٠، بداية المجتهد ٥/٥٧.

(٦) المغني ٦/١٧٩، الإنصاف ٥/٧٤.

ووجه الدلالة: أن هذه الأحاديث أمرت بوضع الجائحة، وهي عامة تشمل الثلث فما دونه كما شملت ما فوق الثلث، فيجب وضع الكل[١].

أما دليهم من العقل فقالوا: إن ما كان أقل من الثلث هو ثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، كما لو تلف أكثر من الثلث لاجتماعهما في عدم تمام القبض[٢].

دليل القول الثاني:

(التفريق بين البقول وغيرها) استدلوا بحديثي جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

ووجه الدلالة: أن هذه الأحاديث أمرت بوضع الجائحة، وهي عامة تشمل الثلث فما دونه، كما شملت ما فوق الثلث، فيجب وضع الكل في الجائحة، غير أن الثمار جرت العادة فيها بذهاب يسير الثمرة، فلا يوضع، وانتفى ذلك في البقول، فتبقى البقول على عموم الخبر.[٣]

دليل القول الثالث:

(الجائحة توضع في الثلث فما فوق) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فما تقدم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجائحة، والجائحة اسم لما أتلف جُلَّ الشيء، أو ماله خطر، وبال، دون اليسير الذي لا يطلق على المال التالف منه، أنه جائحة فيه، فصح ما قلناه بسقوط اليسير[٤]، والفرق بين اليسير، والكثير هو الثلث؛ لأن الشرع اعتبره فاصلاً كما في الوصية[٥].

---

(١) المغني ٦/ ١٨٠.

(٢) المصدر السابق ٦/ ١٨٠.

(٣) المعونة ٢/ ١٠٢١.

(٤) المصدر السابق .

(٥) المصدر السابق .

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن المشتري دخل على أنه لابد من تلف يسير بأكل المجتاز، والطير، وغير ذلك، مما يعلم بالضرورة أن المشتري لم يدخل على السلامة منها، فإذا تجاوز التلف الثلث فيكون كثيراً، فالمشتري قد تضرر بذلك التلف الذي لم يكن في حسبانه؛ فوجب وضعه، بخلاف ما كان أقل من الثلث.(١)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بوضع الجائحة، سواء كانت قليلة، أو كثيرة؛ إلا ما جرت العادة بتلفه؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيجاب عنه بأن النص الوارد في وضع الجائحة عام يشمل البقول، وغيرها، ولا وجه للتفريق؛ إذا البقول كغيرها من الثمار في حصول التلف اليسير المعتاد فيها .

ثالثاً: أما ما استدل به أصحاب القول الثالث بالنقل، فيجاب عنه بأن تلف الربع، والخمس ليس يسيراً، و يسمى جائحة، فيشرع وضعه؛ لعموم النص، وكون النص ورد بتحديد الثلث في الوصية كما قالوا، يرد عليه بأنه لم يحددها في الجائحة، فبقيت على عمومها، ثم إن الوصية لا معاوضة فيها، فإسقاط الثلث فيها مناسب، بخلاف البيع الذي فيه معاوضة فيستوي فيه الثلث، وغيره في الحكم بإسقاطه بالجائحة .

رابعاً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه: بأن التلف اليسير، أو ما أكله الطير، ونحوه، لا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر، ثم هذا لا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط(٢).

---

(١) المعونة ١٠٢١/٢ .

(٢) المغني ١٨٠/٦ .

وبهـذا يظهـر رجحـان القـول بوضـع الجائحـة في الـثمار، والـبقول في القلـيل، والكثير، وما كان معتاداً تلفه فإنه يرجع إلى العرف الحاصل عند الناس، فما يعد عندهم جائحة يحكم بوضعه، وما لم يعدوه في عرفهم جائحة فإنه لا يحكم بوضعه.

المطلب الرابع

العقود التي تتأثر بالجائحة

تقرر في المطلبين السابقين أن الجائحة إذا حصلت فإنها توضع، ويكون الضمان على البائع، وأن ذلك غير محدد بالثلث، بل يرد على كل ما يسمى في العادة جائحة، وإن قلَّ عن الثلث، وفي هذا المطلب يحسن بيان العقود التي تتأثر بالجائحة.

فالنص الوارد في الجائحة ورد في الثمار إذا بيعت كما في حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: (**لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق**).

فالقائلون بوضع الجوائح لا خلاف بينهم في أن جائحة الثمار في المبيعات توضع، وأن ضمانها يكون على البائع.

أما إذا كان المبيع من غير الثمار من الزروع، والبقول[1]، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في وضع الجائحة، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولاً: إذا كان المبيع زرعاً:

إذا كان المبيع زرعاً كالقمح، والشعير، وحصلت فيه جائحة قبل أن يحصد فإن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في وضع الجائحة فيه على قولين:

القول الأول: أن جائحة الزرع توضع، وهو الوجه الأقوى الحنابلة[2]، رحمهم الله.

---

(١) البقل هو كل نبات اخضرت به الأرض، المصباح المنير ٢٣.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيميه ٢٨٠/٣٠، الإنصاف ٧٦/٥.

القول الثاني: أن جائحة الزرع لا توضع، وهو مذهب المالكية[١]، ووجه عند الحنابلة[٢]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(توضع الجائحة في الزرع) استدلوا بالنقل وهو: (حديث أنس بن مالك ﷺ أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتدّ)[٣].

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهي عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد، فيكون اسوداد العنب، كاشتداد الحب، وهو من حين يشتد إلى حين يحصد يحتاج إلى مدة قد تصيبه فيها جائحة فيكون كالعنب حينما يباع بعد أن يسود حتى يقطف[٤].

دليل القول الثاني:

(لا توضع الجائحة في الزرع) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الحب لا يباع إلا بعد اشتداده، فلا توضع الجائحة فيه كالثمر إذا وضع في البيدر[٥].

الوجه الثاني: أن الحب بعد اشتداده لا يحتاج إلى بقائه في أصله، فقد كمل وصلح، فالتسليم من البائع قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع، فبقاؤه في أصله ليس فيه منفعة يستنظر استيفاؤها، فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة على الأرض[٦].

---

(١) المدونة ١٩/٤، الخرشي على خليل ١٩٤/٥.

(٢) الإنصاف ٧٦/٥، كشاف القناع ٢٨٦/٣.

(٣) أخرجه أبو داود ٢٥٣/٣، والترمذي وقال: (هذا حديث حسن غريب) ٥٣٠/٣، وابن ماجة ٧٤٧/٢، التلخيص الحبير ٢٠/٣، ونقل تصحيح الحاكم له.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيميه ٢٨١/٣٠.

(٥) المدونة ١٩/٤ . و البيدر: هو الموضع التي تداس فيه البذور، المصباح المنير ١٥.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٥٣٤/٢، المنتقى ٢٣٣/٤.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بوضع الجائحة في الزرع؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل بالوجه الأول: فلا يسلم لهم قياس الحب في سنبلة على ما وضع في البيدر؛ ذلك أن ما كانْ في سنبله فإنه يحتاج إلى مدة قد تطول لأجل أن يحصد، فربما حصلت جائحة، وهو غير مفرط في القبض بخلاف ما يكون في البيدر.

ثالثاً: أما استدلالهم من العقل بالوجه الثاني: فيجاب بأنه لا يسلم بأن العلة في وضع الجائحة هي الحاجة إلى الأصل فقط بل يضاف إلى ذلك عدم التمكن من القبض، وقد تبين بأن الحب في سنبله قد يتعذر استيفاء قبضه؛ لكثرته مثلاً، ويحتاج إلى مدة يتوقع فيها حدوث الجائحة.

رابعاً: يؤيد هذا القول أن الجائحة إنما وضعت لأجل عدم استيفاء المعقود عليه فيكون أخذ المال مقابله أخذاً للمال بغير حق، وهذا موجود في الزرع، كما هو في الثمر؛ إذا اجتيح.

خامساً: الجائحة وضعت لأجل الرفق، والإعانة للمبتاع، فيكون الزرع فيه، كالثمر.

فظهر رجحان القول بوضع الجائحة في الزروع، وأنها كالثمار.

ثانياً: إذا كان المبيع بقولاً:

إذا كان المبيع بقولاً كالكراث، والجزر، والبصل، ونحوها، وحصلت فيها جائحة قبل أن تجنى، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في وضعها على قولين:

القول الأول: أن الجائحة توضع في البقول، وهو مذهب المالكية في المشهور[١]، ومذهب الحنابلة[٢]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الجائحة لا توضع في البقول، وهو قول عند المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(توضع الجوائح في البقول) استدلوا بالعقل فقالوا: إن البقول محتاجة أن تبقى في أصلها حتى يأخذها المشتري حسب حاجته؛ لتكون رطبة نضرة، ولو أخذها جميعاً لكان فيه ضرر عليه؛ لأن قطفها في وقت واحد يذهب الرطوبة، فبقاء البقل في أصله لمعنى معتاد مقصود، فثبت فيها الحكم بالجائحة، كالمبقاة لتمام الصلاح[٥].

دليل القول الثاني:

(لا توضع الجوائح في البقول) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الجائحة في الثمر تكون على البائع إذا بقى عليه حق التوفية كأن لم تكتمل الثمرة في الصلاح، فإذا اكتملت فهي من ضمان المشتري إذا تم التسليم بالتخلية، وأما ما يرجو المبتاع من الرطوبة، والنضارة، فذلك حفظ لمبيع قد وجد، وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد، وهكذا يقال في البقول[٦].

---

(١) المدونة ١٨/٤، الذخيرة ٢١٥/٥

(٢) الإنصاف ٧٦/٥، كشاف القناع ٢٨٦/٣ .

(٣) بداية المجتهد ٥٦/٥، الذخيرة ٢١٥/٥.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيميه ٢٨١/٣٠، الإنصاف ٧٦/٥.

(٥) المنتقى ٢٣٤/٤.

(٦) المصدر السابق .

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بوضع الجائحة في البقول؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: عموم أمره ﷺ بوضع الجوائح، سواء كانت في الثمار، أو غيرها كالبقول.

ثالثاً: وجود الشبه الكبير بين الثمر والبقول في الحاجة إلى الاستفادة منها وهي ناضجة رطبة، فيستدعي ذلك حاجتها إلى أصلها.

رابعاً: أن الحكمة من وضع الجائحة كما هي موجودة في الثمر، فهي كذلك موجودة في البقول، فالحكمة من وضع الجائحة هي إعانة للمشتري في مصيبته، وعدم أخذ المال دون أن يكون له مقابل، وقد أشار النبي ﷺ إلى ذلك بقوله: (**بم تأخذ مال أخيك بغير حق**)، وإذا كان الأمر كذلك؛ فإن الجائحة في البقول فيها هذا المعنى، فتكون موضوعة، كغيرها.

وبهذا يظهر رجحان هذا القول، وبه كذلك يثبت وضع الجوائح في الثمر، والزرع، والبقول، وقد تبين لنا من خلال ما تقدم حرص هذه الشريعة الإسلامية على بث روح التعاون، والتآلف بين أفراد المجتمع، والوقوف إلى جانب المتضرر.

بقى أن يشار إلى أن المبيعات من غير الثمار، والزروع، والبقول سبق الحديث عنها في آثار اللزوم في عقود المعاوضات، وأن الضمان فيها يكون على البائع إذا كان المعقود عليه لا يحتاج إلى توفية و إلا كان على المشتري.

ووجه الفرق واضح حيث إن تلك المبيعات لا ينتظر حصولها كالثمار، والزروع، والبقول، بل هي حاضرة، موجودة، فإن كانت مما يشترط فيه القبض

كان الضمان فيها بعد القبض، فإذا قبضها المشتري أخذ حقه كاملاً، فلا يتحمل البائع المسؤولية، وأما إذا كانت مما لا يشترط في ضمانها القبض كان تأخر المشتري عن قبضها تفريطاً منه، ولا يتحمل البائع فيه التبعة.

المطلب الخامس

أثر الجائحة في سلب لزوم العقد

ثبت مما سبق أن الجائحة في مبيعات الثمار، ونحوها مما يحتاج إلى أصله، أو كان في حاجة إلى مدة زمنية يتم فيها أخذ الثمرة على دفعات، كما في الحب، ونحوه وأن وضع تلك الجائحة أمر مشروع وأنه يكون على البائع، فهو يتحمل ما حدث في تلك الثمار من تلف غير معتاد.

إن مثل هذه الأضرار تفقد العقد لزومه ويصبح الطرف المتضرر قادراً على أن يفسخ العقد، ويطالب بما دفعه من ثمن في مقابل ما أصابته الجائحة بالضرر.

فإذا كان قد دفع الثمن إلى البائع، ثم حصلت الجائحة على الثمر كله كان من حقه أن يطالب بإرجاع الثمن كاملاً؛ لأن الأصل في الثمن أن يكون مقابل المثمن، وقد تلف المثمن كله فعلى البائع أن يرجع الثمن كله، ولو لم يقم بذلك فإن القاضي يلزمه به، لأن ذلك هو معنى وضع الجائحة إذ يقول عليه الصلاة السلام في الحديث المتقدم: (فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟).

وإذا كانت الجائحة قد أضرت ببعض المثمن، فإن من حق المشتري أن يطالب بقدر ذلك المثمن، وحصته من الثمن المتفق عليه بين الطرفين، فإذا قدر ضرر الجائحة بنصف المثمن، كان من حقه أن يطالب بنصف الثمن المدفوع، وهكذا.

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن للبائع ثم حصلت الجائحة فإن كانت الجائحة فيها جميعاً لم يدفع شيئاً للبائع، وتبرأ ذمته، فلا يطالب بسداد الثمن المؤجل، وإن كانت في بعض الثمر فإنه يلزم بأن يدفع قيمة ما سلم من الجائحة، وذلك على

حسب حصته من الثمن ، فإذا كان الذي سلم يبلغ ربع القيمة مثلاً ، وجب على المشتري أن يدفع ربع الثمن المتفق عليه بين الطرفين .

وبهذا يظهر أن الجائحة تعتبر أقوى من الإقالة ، فإن الإقالة كما سبق تكون برضا الطرفين ، أو من أحدهما على حسب حال اللزوم إذا كان للطرفين ، أو لأحدهما ، أما الجائحة فإن إسقاطها لا يحتاج إلى الرضا من البائع وإن كان المشتري مخيراً بأن يطالب بحقه ، أو يسقطه ، فالحق له في ذلك .

كما تظهر قوة الجائحة في أن الجائحة تزيل الأثر الحاصل من التعاقد ، فيسقط العقد كاملاً ؛ إذا كان التلف في جميع المعقود عليه ، بينما في الإقالة يكون الفسخ من حين الفسخ ، وليس من أصل العقد فقد يحصل من المعقود عليه نماء منفصل ، وهو في يد المشتري ، ثم تطرأ الإقالة ، فيحكم بذلك النماء المنفصل له كما تقدم.

إذاً فالجائحة تعتبر سالبة للزوم العقد ، ويكون العقد بعد حدوثها عقداً جائزاً فيحق للطرفين الفسخ ، لاسيما في حق الذي ترتب عليه الضرر بحصول هذه الجائحة ، وإذا سلبت اللزوم عن العقد فهي كذلك تفقده الآثار المترتبة على ذلك اللزوم من التسليم ، والضمان ، ونحوه.

وفي وضع الشريعة الإسلامية للجائحة دليل على سموها ، ورحمة الله بعباده ، فالمشتري دفع ثمناً لقاء مثمن ، فإذا حصل على المثمن حل ذلك الثمن للبائع ، أما إذا لم يحصل على المثمن فليس من العدل أن يفوت عليه الثمن ، والمثمن ، لاسيما وأنه لم يحصل منه تفريط ، ولذا بين المصطفى ﷺ ذلك بقوله : (**بم تأخذ مال أخيك بغير حق**). أما لو أنه تمكن من الاستلام ففرط فإن المشتري حينئذ هو الذي يتحمل هذه الجائحة ؛ لوجود التفريط منه ، كما هو الحال في المبيعات التي يشترط في ضمانها القبض ، فإن البائع إذا مكن المشتري من قبضها وفرط ، فإنه يكون ضمانها على المشتري لا على البائع.

المبحث الثالث

العذر الطارئ

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب، وبيانها فيما يلي:

المطلب الأول

تعريف العذر الطارئ

العذر في اللغة: مأخوذ من عذرت، أعذر، عُذْراً، ويجمع العذر على أعذار، وأما المصدر فهو الإعذار، والعذر: هو الحجة التي يعتذر بها، تقول العرب: أعذر فلان، أي كان منه ما يعذر به وبلغ أقصى الغاية في العذر، فاللوم مرفوع عنه، واعتذر إليّ: طلب مني قبول معذرته[1].

وأما الطارئ في اللغة: فهو مأخوذ من طرأ، يطرأ، طَرْأً وطُروُأً، وهو بالهمز، وقد يترك الهمز فيقال: (طرا، يطرو، طُرُوًّا)، يقال: طرأ على القوم إذا أتاهم من مكان بعيد، أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءة، أو أتاهم من غير أن يعلموا، ويقال للغرباء: الطُّراء، وهم الذين يأتون من مكان بعيد.[2]

وأما تعريف العذر الطارئ في الاصطلاح: فهو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر لم يستحق به.[3]

فيظهر من هذا التعريف أن المعنى الاصطلاحي للعذر الطارئ أخص من المعنى اللغوي العام، فالعاقد حينما يبرم العقد، فإنه يكون لديه المقدرة على الالتزام بما يترتب عليه من آثاره، لكن قد يفاجأ بأمور لم تكن في حسبانه، لاسيما في العقود

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٢٥٣/٤، الصحاح ٧٣٧/٢، لسان العرب ٥٤٥/٤.

(٢) الصحاح ٦٠/١، لسان العرب ١١٤/١، المصباح المنير ١٤٠.

(٣) ملتقى الأبحر ٣٩٩/٢، حاشية رد المحتار ٨١/٦.

التي لا تكون فورية التنفيذ، فيلحقه بتنفيذه العقد حسب ما هو متفق عليه أضرار جسيمة، إما في ماله، أو نفسه، فبمثل هذه الأعذار يتأثر ميزان التعادل بين العاقدين بفوات حقه بسبب العذر الطارئ الذي يحول بينه وبين الوصول إلى ذلك الحق .

المطلب الثاني

مشروعية وضع العذر الطارئ

دلت الأدلة الشرعية على تأثير العذر الطارئ في العقود اللازمة، وأن طريانه يوجب زوال اللزوم، ويظهر ذلك من خلال الأدلة الشرعية التالية :

أولاً: حديث أبي سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه)**[1].

فنفى ﷺ الضرر، وهو عام يشمل دفع الضرر قبل وقوعه، ورفعه بعد وقوعه، وهذا الحديث جعله العلماء رحمهم الله قاعدة فقهية وفرعوا عليها كثيراً من الأحكام، وهي أساس لمنع الفعل الضار، وإذا كان كذلك فإن الحكم بالعذر الطارئ، وعدم الإلزام بموجب العقد لحصول الضرر الفادح في تنفيذه ما هو إلا مثل من أمثال هذه القاعدة الفقهية[2].

ثانياً: أن النبي ﷺ أمر بوضع الجائحة في الثمار؛ وعلل ذلك بكون البائع يأخذ المال بدون حق؛ لفوات الثمر المعقود عليه، وهذا المعنى موجود في غير الثمار، فيكون الحديث أصلاً في وضع الجائحة في العقود اللازمة إذا طرأت الأعذار الموجبة لفسخها.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٧٤٥، وابن ماجة من طريقين أحدهما عن عبادة بن الصامت ﷺ، وقال: فيه انقطاع، والثاني: عن ابن عباس رضي الله عنهما وفيه متهم، سنن ابن ماجة ٢/٧٨٤، و الدارقطني ٣/٧٧، وسكت عنه الإمام الزيلعي رحمه الله في نصب الراية ٤/٣٨٤، وحسنه الإمام النووي رحمه الله في متن الأربعين النووية رقم ٣٢، ص ٧٤، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله في إرواء الغليل ٣/٤٠٨ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٥ .

ثالثاً: أننا إذا لم نقل بفسخ العقد بالعذر الطارئ فإنه تترتب عليه مخالفات، ومحاذير شرعية؛ لأن الضرر سيترتب على بقاء العقد لازما.يقول الإمام الكاساني رحمه الله مبيناً بعض المحاذير المترتبة على بقاء العقد لازماً، وعدم الحكم بفسخه مع وجود العذر: " ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، ومن وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها، فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً، وشرعاً " [١]

رابعاً: أن المشقة المعتادة لا تسقط التكليف، ولا توجب التخفيف، كمشقة الصلاة، والصيام، ونحوها من التكاليف فإن فيها مشقة مقدوراً عليها، لكن إذا تجاوزت المشقة الحدود الطبيعية المعتادة في كل تكليف بحسبه، فإنها تخفف التكليف، أو تسقطه، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى، والأعرج في الجهاد، فهكذا يقال في المشقة المرهقة بالسبب الطارئ توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها. [٢]

خامساً: أن الله تعالى قد نفى في هذه الشريعة الحرج، والتكليف بما فيه العسر، فقد وردت آيات كثيرة تبين يسر الشريعة، وعدم التكليف بالشاق كما قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقال: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وغيرها من الآيات التي تدل على نفي المشقة وهذا يناسب مراعاة العذر الذي يطرأ حتى لا يقع المكلف في حرج، ومشقة نفيا في هذه الحنيفية السمحة[٣].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/١٩٧.

(٢) الموافقات ٢/١٢١، القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي لعام ١٤٠٨هـ.

(٣) الموافقات ٢/١٢١.

وبهذا يظهر أن الأعذار الطارئة الموجبة للإضرار بمصلحة العاقد، تعتبر أحد سوالب اللزوم عن العقد، فللمتضرر بسبب طريان هذا العذر أن يفسخ العقد، لكن يكون ذلك عن طريق القضاء، إذ يرى القاضي ما هو الذي يزيل هذا الضرر من تأجيل العقد مثلاً، أو توزيع الضرر الحاصل بينهما، ونحو ذلك مما يحقق العدل بين المتعاقدين، دون إرهاق للملتزم[1].

المطلب الثالث

حكم العذر الطارئ إذا ورد على العقد

يعتبر طريان العذر المؤثر على العقد موجباً للحكم بالفسخ، وحينئذ يسلب العقد صفة اللزوم، إلا أن هذا الحكم يختلف بحسب اختلاف الأعذار، وقوة تأثيرها في لزوم العقد، ولهذا اختلف العلماء رحمهم الله في نوعية الأعذار المؤثرة في لزوم العقد، والموجبة للفسخ.

وعند النظر في كلامهم رحمهم الله نجد أن هناك نوعين من الأعذار وهما:

النوع الأول: أعذار اتفق على تأثيرها في لزوم العقد.

النوع الثاني: أعذار اختلف في تأثيرها في لزوم العقد.

وبيان هذين النوعين فيما يلي:

النوع الأول: الأعذار المتفق على تأثيرها في لزوم العقد:

اتفق أهل العلم رحمهم الله على أربعة أعذار أنها موجبة للحكم بفسخ العقد، وزوال لزومه، وهي:

أولاً: إذا تعذر استيفاء المنفعة من المعقود عليها لمعيَّن؛ فعلى سبيل المثال لو كان العقد على استئجار دار معينة للسكنى، أو دابة معينة للركوب، فهنا المعقود عليه هو المنفعة الحاصلة بالسكن، أو الركوب من تلك الدار، والدابة المعينة، فإذا تعذر الحصول على هذه المنفعة، بأن انهدمت الدار، أو ماتت الدابة، ونحو ذلك، فإن

(١) القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي لعام ١٤٠٨هـ.

العقد يزول لزومه ؛ لعدم تمكن المستأجر من أخذ حقه، واستيفائه للمنفعة المطلوبة من ذلك المعين، وقد نص على هذا العذر العلماء رحمهم الله، وبينوا أن الفائدة من العقد تزول بزوال تلك المنفعة، وعدم التمكن من استيفائها[١]. فصار الحكم بفسخ العقد عين العدل، والإنصاف.

ثانياً: إذا كان الذي يستوفي المنفعة معيناً، فإذا هلك فإن الإجارة تنفسخ بذلك الهلاك، وذلك كموت الصبي الرضيع، الذي استؤجرت المرضعة له، فالعقد هنا يزول لزومه لتعذر استيفاء المنفعة ؛ لأن العقد انصب على معين، يفوت بفواته ؛ فالصبي الرضيع إذا مات لم يمكن استيفاء الحق له، والعقد قام عليه بعينه، فهو مستحق للرضاعة بعينه بموجب العقد، فلو حكمنا ببقاء اللزوم لأدى ذلك إلى دفع الأجرة بدون مقابل، وذلك لا يجوز ؛ لأنه من أكل المال بالباطل ؛ ولذلك كان الأصل موجباً لبطلان عقد الإجارة بموت المعقود له[٢].

ثالثاً: إذا حصل في المعقود عليه ما ينقص المنفعة نقصاً يتضرر به المستأجر بالمقام على العقد فإن للمستأجر الخيار في فسخ العقد، ومن أمثلة ذلك أن يمرض العبد المستأجر، أو يطرأ خلل في العين المستأجرة يتضرر المستأجر به، ويمتنع المؤجر من إصلاحه، فحينئذ يحكم بالخيار للمستأجر إن شاء أبقى العقد، وإن شاء فسخه[٣]، وفي حكم ما ذكره العلماء رحمهم الله ما في هذا الزمان حينما يستأجر داراً، أو غرفة، أو سيارة، على أن تكون مكيفة، فتعطل التكييف بحيث يتضرر المستأجر، وهكذا لو استأجر دكاناً فتعطلت منافع الكهرباء فيه بحيث لا يمكنه الاستفادة من العين المستأجرة، فإن المستأجر له الحق في الفسخ إذا لم يقم المؤجر بتوفير ذلك له.

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٣/٤، الاختيار ٦١/٢، التلقين ٤٠٠/٢، بداية المجتهد ١٥٠/٥، روضة الطالبين ٢٤٠/٥، مغني المحتاج ٤٨٢/٢، المقنع ٢١٣/٢، المغني ٢٧/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٢٢٢/٤، عقد الجواهر الثمينة ٨٦٠/٢، المهذب ٤١٣/١، المقنع ٢١٣/٢.

(٣) الاختيار ٦١/٢، عقد الجواهر الثمينة ٨٥٩/٢، نهاية المحتاج ٣١٦/٥، كشاف القناع ٣١/٤.

رابعاً: أن يكون السبب في عدم استيفاء المنفعة شرعياً، وذلك كأن يكون العقد على قلع سن مؤلم فسكن الألم، أو على استيفاء قصاص، فعفى ولي الدم عن القصاص، فهنا يزول لزوم العقد لهذا السبب الشرعي .[1]

إذاً هذه الأعذار التي تحصل هي مؤدية إلى أن يزول بها اللزوم، ويحق للمتضرر أن يفسخ العقد بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله .

النوع الثاني: الأعذار المختلف في تأثيرها في لزوم العقد:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في جملة من الأعذار هل هي موجبة لفسخ العقد، وزوال لزومه، أو لا ؟ وهذه الأعذار المختلف فيها منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، وبيان كل منهما فيما يلي :

أولاً: حكم الأعذار العامة وتأثيرها في لزوم العقد: المراد بعموم الأعذار أن تكون شاملة للعاقد، وغيره، فلا تختص به وحده، فتشمل جميع أهل البلد الذي هو فيه، ومن أمثلتها: الخوف العام في البلد، والحروب، والزلازل، والكوارث العامة، فلا تختص بالعاقد وحده، فإذا حصل التعاقد مثلاً على إجارة الدكاكين لمدة سنة كاملة، وفي أثناء السنة المؤجرة، حصل خوف لدى الناس في تلك البلد، أدى إلى إغلاق الدكاكين، والمحلات التجارية، وبقاء الناس في بيوتهم فما مدى تأثير هذا العذر في لزوم عقد الإجارة؟.

اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أن العقد ينفسخ بمثل هذا العذر، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3]، والحنابلة[4]، رحمهم الله.

---

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٤ ، عقد الجواهر الثمينة ٨٦١/٢، نهاية المحتاج ٣١٦/٥، المقنع ٢١٣/٢.

(٢) المبسوط ٢/١٦ ، حاشية رد المحتار ٨٢/٦.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٨٦٠/٢، بلغة السالك ٢٨٠/٢ .

(٤) المغني ٣١/٨، كشاف القناع ٣٠/٤ .

القول الثاني: أن العذر العام لا ينفسخ به العقد، وهو مذهب الشافعية، [١] رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(العقد ينفسخ بالعذر العام) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن العقد كما ينفسخ بسكون ألم الضرس، فكذلك بالعذر العام، بجامع كون المضي فيهما موجباً لضرر زائد لا يستوجبه العقد[٢].

الوجه الثاني: أن هذا العذر أمر غالب منع المستأجر من استيفاء المنفعة، فثبت له الخيار، كالغصب[٣].

دليل القول الثاني:

(العقد لا ينفسخ بالعذر العام).

استدلوا بالعقل فقالوا: إن المعقود عليه هنا لا خلل فيه، فالعذر هنا لم يحدث خللاً في المنفعة، فلا ينفسخ العقد، مع سلامة المعقود عليه[٤].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن العقد إذا حدث عذر عام يمنع استيفاء المنفعة، ينفسخ فيزول لزومه؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه: بأن هذا العذر، وإن لم يحدث خللاً في المعقود عليه، لكن استيفاء المعقود عليه متعذر للعذر العام، فلا يمكن

---

(١) روضة الطالبين ٥/٢٣٩، نهاية المحتاج ٥/٣١٥.

(٢) الهداية ٣/٢٥٠.

(٣) كشاف القناع ٤/٣٠.

(٤) روضة الطالبين ٥/٢٤٠، مغني المحتاج ٢/٤٨٠.

أن ينتفع بالمعقود عليه ؛ لهذا الأمر الغالب فسلامة المعقود عليه لا تأثير لها ، ولا معنى ما دام أنه تعذر استيفاء المنفعة ، فإذا أخذ الأجرة مقابل منفعة لم تستوف للعذر ، كان آخذاً للمال بغير حق ، وقد قال ﷺ : **(بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق)**.

وبهذا يتبين لنا أن العذر العام الذي يمنع من الاستمرار في العقد يعتبر عذراً شرعياً يجعل العقد اللازم عقداً جائزاً ، ومن ثم يحق للمتضرر منهما أن يفسخ العقد ؛ لذلك العذر.

ثانياً: العذر الخاص:

يقصد بالعذر الخاص أن العاقد يتأثر بذلك العذر دون غيره من الناس ، كأن يحترق متاع متجره ، فلا يستطيع الاستفادة من المكان المستأجر بالبيع ، والشراء ؛ لعدم توفر المال اللازم لتجارته بعد احتراق متاعه ، أو موت أحد المتعاقدين ، ونحو ذلك من الأعذار ، التي تكون سبباً خاصاً ، وليس عاماً لأهل بلدة ، أو لجماعة.

فإذا حدث مثل هذا العذر الخاص في العقد فهل يكون عذراً يفسخ العقد أم لا ؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في فسخ العقد بالعذر الخاص على قولين :

القول الأول : أن العذر الخاص لا ينفسخ به العقد ، وهو مذهب المالكية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، رحمهم الله .

القول الثاني : أن العقد ينفسخ بالعذر الخاص ، وهو مذهب الحنفية[٤] ، رحمهم الله.

---

(١) التلقين ٢/٤٠١ ، بداية المجتهد ٥/١٥٠ .

(٢) الوجيز ١/٢٣٨ ، روضة الطالبين ٥/٢٣٩ .

(٣) المغني ٨/٣١ ، كشاف القناع ٤/٣٠ .

(٤) بدائع الصنائع ٤/١٩٧ ، الاختيار ٢/٦٢.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(لا ينفسخ العقد بالعذر الخاص) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود، والعقد هنا على منفعة، فأشبه النكاح، فكما أن النكاح داخل في عموم هذه الآية، فكذلك الإجارة، بجامع أن كلاً منهما عقد على منفعة[١].

وأما دليلهم من العقل فمن ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن عقد الإجارة عقد معاوضة، فلا ينفسخ بالعذر الخاص؛ كالبيع[٢].

الوجه الثاني: أن العاقد ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته، فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه، كما لو تركها اختياراً[٣].

الوجه الثالث: أن مثل هذا العذر لا يمنع من استيفاء المنافع، إذ لا خلل في المعقود عليه، فإن له أن يؤجره لمن يقوم مقامه.[٤]

دليل القول الثاني:

(العقد ينفسخ بالعذر الخاص) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الحاجة تدعو إلى الفسخ بالعذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد[٥].

---

(١) بداية المجتهد ٥/١٥٠ .

(٢) المصدر السابق.

(٣) المغني ٨/٣٢.

(٤) روضة الطالبين ٥/٢٤٠، كشاف القناع ٤/٣٠.

(٥) بدائع الصنائع ٤/ ١٩٧ .

الوجه الثاني: أن العقد كما ينفسخ بذهاب المعقود عليه، كذهاب ألم السن، وزوال الآكلة في اليد، فكذلك يفسخ العقد بذهاب ما تستوفى به المنفعة، وهو العذر الخاص كاحتراق متاع الدكان[1].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن العقد لا ينفسخ بالعذر الخاص الذي يصيب العاقد دون غيره من الناس؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل في الوجه الأول فيقال: ليس في الإلزام بالعقد ضرر لم يلتزمه بالعقد، فقد التزم دفع الأجرة فلم يلزم بغير ذلك، ثم ليس هناك ضرر يرفع؛ إذ يستطيع أن يدفعه إلى غيره بمثل أجرته، فلم يترتب عليه ضرر.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل بالوجه الثاني فيجاب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ ذلك أن العقد هنا ليس على محرم، أما في الأصل فإن ذهاب ألم السن، و زاول الآكلة يوجب الحكم بفسخ العقد؛ لعدم جواز تنفيذه شرعاً؛ إذ لا يجوز قلع السن، ولا قطع اليد إلا من ضرورة، ولا ضرورة بعد زوال الألم، وذهاب الآكلة، فصار طريان ذلك الزوال عذراً شرعياً موجباً للفسخ، وأصبح محل العقد كالمعدوم من هذا الوجه[2].

وقد تلخص مما سبق أن العذر الطارئ حقيقته عجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر لم يستحق بذلك العقد، فإذا حدث مثل هذا العذر فإنه يكون مؤثراً في لزوم العقد، فيجوز فسخه وإن لم يرض الطرف الآخر، وذلك في الأحوال التالية:

---

(١) الهداية ٣/٢٥٠، الاختيار ٢/٦٢.

(٢) الحاوي الكبير ٧/٣٩٤.

الحالة الأولى: إذا أدى العذر الطارئ إلى تعذر استيفاء المنفعة، إما بسبب تلف المعقود عليه المعين، أو موت المعقود له المعين.

الحالة الثانية: إذا أحدث العذر الطارئ نقصاً كبيراً في المعقود عليه، تتغير به أجرته، أو وجد بذلك العذر مانع شرعي يمنع من الاستمرار في العقد.

وهاتان الحالتان لا خلاف بين أهل العلم، رحمهم الله في كونهما سبباً موجباً لفسخ العقد، وعدم لزومه.

الحالة الثالثة: أن يكون العذر الطارئ في غير المعقود عليه، وكان ذلك العذر عاماً كالخوف العام، ونحوه، أما إذا كان عذراً خاصاً يمكن معه الاستيفاء للمنفعة بأي وجه، فلا يعتبر ذلك العذر سبباً في زوال لزوم العقد.

المطلب الرابع

العقود التي تتأثر بالعذر الطارئ

إن الممارس لأي نوع من التجارة يدرك أنها عرضة للربح، والخسارة، فإذا كان ذلك معتاداً، فإن الخسارة الحاصلة لا تأثير لها في العقود، إذ السمة في التجارة تقبل التاجر لمثل ذلك النوع من الخسارة، لكن إذا كانت هذه الخسارة غير معتادة في عرف التجار، كما هو الحال عند وجود العذر الطارئ فقد تبين مما سبق أنها تزيل لزوم العقد، إلا ما كان عذراً خاصاً يمكن الاستفادة من المعقود عليه بأي شكل من الأشكال.

فإذا كان الأمر كذلك فليس كل العقود اللازمة تتعرض لمثل هذه الأعذار الطارئة، ويلاحظ كيف أن أهل العلم رحمهم الله أبرزوا الأعذار الطارئة بشكل خاص في عقد الإجارة مما يجعل الباحث يخرج بتصور أن الأعذار الطارئة إنما ترد على العقود التي يكون فيها نوع من التراخي في استيفاء المعقود عليه. ولذا فإن علماء الحنفية رحمهم الله الذين أخذوا بأن العذر الطارئ يعتبر سبباً من الأسباب

التي يزول بها اللزوم عن العقد، ذكروا مثل هذه الأعذار في عقود الإجارة، والمزارعة، المساقاة، وبينوا مدى تأثرها بالعذر الطارئ .وهذه العقود لا يتم فيها القبض مباشرة بعد التعاقد بل يتم استيفاء المعقود عليه فيها شيئاً فشيئاً .

أما في عقد الإجارة فقد تقدم أن الفقهاء رحمهم الله بينوا تأثر عقده بالعذر الطارئ، وأنه يوجب الحكم بزوال لزومه، ومن ثم انفساخ الإجارة ، وإذا كان المستأجر انتفع بالعين المؤجرة، ثم طرأ العذر بعد مدة من ابتداء العقد، فإنه حينئذ يحكم بلزوم الأجرة عما مضى، ويحكم بانفساخ العقد فيما بقي من المدة، وإلى ذلك أشار الإمام النووي رحمه الله بقوله: «القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره: موت الدابة، والأجير المُعَيَّن، فإن كان قبل القبض، أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة انفسخ العقد، وإن كان في خلال المدة انفسخ العقد في الباقي...»[1] فبين رحمه الله أن طريان العذر على عقد الإجارة يوجب الحكم بانفساخها على التفصيل: فإن كان قبل مضي مدة لمثلها أجرة انفسخ العقد كلية، وليس هناك حق لا للمستأجر، ولا للمؤجر، فتعود العين المؤجرة، وتعود الأجرة للمستأجر، وأما إذا كان الطريان بعد مضي مدة فإن الفسخ يتعلق بما بقي لا بما مضى، وفائدة ذلك: أننا نحكم بدفع أقساط الأجرة المتعلقة بالمدة الماضية.

وأما في المزارعة والمساقاة فقد قال الإمام الكاساني رحمه الله: «أن هذا العقد ـ يعني المزارعة ـ غير لازم في جانب صاحب البذر، لازم في جانب صاحبه، لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال: لا أريد زراعة الأرض، له ذلك، سواء كان له عذر، أو لم يكن، ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك ؛إلا من عذر، وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع ؛إلا من عذر»[2]اهـ .

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٢٤٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٨٢.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٢.

وأما عند الجمهور رحمهم الله الذين يقولون بعدم فسخ العقد بالعذر الخاص في الإجارة، فكذلك في المزارعة، والمساقاة لا ينفسخ واحد منهما بالعذر الطارئ الذي يكون خاصاً كمرض، أو عجز، ونحو ذلك[١].

وفي السلم حيث يكون التسليم متراخياً، فإن حصل عذر عام كما لو أن الثمر لم يخرج في السنة التي تم الاتفاق على تسليم المسلم فيه فيها، فإن المُسلَم إليه بالخيار، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء صبر حتى العام المقبل، ولذا فإن المُسلِم لا يجبر على التسليم؛ لعدم مقدرته عليه[٢].

أما إذا كان المُسلَم فيه موجوداً لكن حصل ارتفاع في سعره في ذلك العام، أو كان يحتاج إلى حمل إلى الموضع المتفق على التسليم فيه، فإن على البائع الوفاء بما التزم به في العقد، ولا يعتبر وجود هذه الأعذار موجباً لفسخ العقد[٣].

وفي النكاح حيث يحتمل التراخي في المهر، والتسليم، فإن المهر يستقر كاملاً بالدخول أو الموت، فإذا تأخر التسليم وتوفي أحد الزوجين، فإن المهر يكون مستحقاً للزوجة، وهكذا بعد دخوله بها[٤].

فلو كان المهر ـ مثلاً ـ داراً معينة فانهدمت فكان ضمانها على الزوجة بعد قبضها، أما إذا منع الزوج قبض الدار، فتلفت، فالضمان عليه[٥].

وأما في الرهن فإن المرهون إذا تلف بآفة سماوية؛ فإن ذلك يزيل لزوم الرهن بغير خلاف عند أهل العلم رحمهم الله؛ لأن الرهن فات، دون أن يكون له بدل[٦].

---

(١) المعونة ١١٣٤/٢، مغني المحتاج ٤٤٦/٢، المغني ٥٤٧/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢١١/٥، عقد الجواهر الثمينة ٥٥٨/٢، روضة الطالبين ١١/٤، المغني ٤٠٧/٦.

(٣) روضة الطالبين ١٢/٤ .

(٤) بداية المجتهد ٢٤٢/٤.

(٥) المقنع ٨٣/٣.

(٦) بدائع الصنائع ١٥٤/٦عقد الجواهر الثمينة ٦٠٠/٢، الذخيرة ١٠٨/٨، المهذب ٢٢٣/١، روضة الطالبين ١٠٤/٤، المغني ٤٥٥/٦، كشاف القناع ٣٤١/٣.

وقد نص بعض الفقهاء رحمهم الله على أن الراهن لا يلزم برهن آخر بدل الرهن إذا تلف، قال الشيخ أبو النجا الحجاوي رحمه الله: «وإذا تلف الرهن لم يلزم الراهن أن يرهن مكانه رهناً آخر»[١].

وفي المكاتبة إذا عجز المكاتب عن الوفاء فإنه يحق للسيد أن يفسخ ذلك العقد ولا يلزم به، لعدم تمكن المكاتب عن السداد كما لو عجز المشتري عن دفع الثمن[٢]، فإذا حل عليه الوفاء لقسط من الأقساط، فلم يستطع أن يقوم بالسداد كان للسيد أن يفسخ العقد.

وأما في التدبير: فقد سبق بأن السيد إذا كان عليه دين، واحتاج إلى الرجوع في التدبير فله ذلك، فيعتبر ذلك عذراً طارئاً في حق السيد، يجعل العقد في حقه غير لازم.

هذه هي العقود التي يكون فيها التسليم متراخياً، أما إذا لم يكن هناك تراخٍ في التسليم، كما في البيوع فإن العذر الطارئ لا تأثير له في عقده؛ لأن المبيع إن كان مقبوضاً فهو من ضمان المشتري، وإن لم يكن مقبوضاً غير محتاج إلى توفية فهو كذلك من ضمانه، أما إذا كان يحتاج إلى توفية، أو كان البائع يماطل في التسليم، فالضمان يكون على البائع كما سبق بيانه.

وبهذا يظهر أن تصور الأعذار الطارئة، إنما يكون في العقود التي تحتاج إلى مدة في تنفيذها، فهي التي تكون عرضة لحصول عذر طارئ يستدعي أن يسلب عن العقد لزومه.

المطلب الخامس

أثر العذر الطارئ في سلب لزوم العقد

يرتب على طريان الأعذار على العقود اللازمة أن ينقلب لزومها إلى الجواز، بحيث يحق للطرف المعذور أن يطالب بفسخ العقد.

---

(١) الإقناع ٢/١٦٢.

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٤٧.

ولا مانع إذا اتفق الطرفان على الاستمرار في العقد الأول، مع تخفيف الضرر الطارئ، أو اقتسامه بينهما، سواء كان ذلك منهما، أو بمشورة الغير، أو رأى ذلك القاضي؛ فإنه يحكم حينئذ بلزوم العقد مرة ثانية؛ لأن الحق للمعذور، فلو تنازل عنه، أو عن بعضه فلا حرج عليه.

فعلى سبيل المثال لو اتفق الطرفان على بيع سيارة معينة، فتلف شيء منها قبل التسليم، واتفقا على اقتسام الضرر، وعدم فسخ العقد الأول كان لهما ذلك، وللمشتري الحق في التنازل عن حقه كله، أو بعضه، ولا يجبر على الفسخ(١).

ومثل هذا يقع في السلم، فلو أن أطراف العقد اتفقوا على السلم في عين معينة، تسلم في وقت محدد، توجد فيه مثل هذه العين، وعند قدوم الوقت المحدد لم توجد هذه العين المتفق عليها بسبب خارج عن إرادة البائع، فلا يجبر على التسليم؛ لذلك العذر، ويكون المشتري بالخيار في أن ينتظر حتى يستطيع البائع الحصول على العين، أو يطالب بفسخ العقد(٢).

وهكذا لو حصل عذر في عقد المزارعة، أو المساقاة، لا يمكن معه الاستمرار في العقد، إلا بحدوث ضرر فادح على أحد الطرفين، فإن العقد ينفسخ به(٣).

وفي عقد الإجارة إذا طرأ العذر أثناء المدة المتفق عليها أوجب الفسخ فيما بقي دون ما مضى منها، و يجب على المستأجر دفع أجرة المدة الماضية(٤).

فظهر من خلال ما تقدم أن العذر الطارئ يعتبر أحد السوالب التي تسلب عن العقد اللازم لزومه، وهذا من يسر الشريعة وسماحتها، ففي الأحوال المعتادة يكون

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١١، عقد الجواهر الثمينة ٢/٥٥٨، روضة الطالبين ٤/١١، المغني ٦/٤٠٧.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٨٢.

(٤) روضة الطالبين ٥/٢٤٠، مغني المحتاج ٢/٤٨٢.

العقد لازم الوفاء حفاظاً للمقصود من إبرامه ، فإذا تعذر الوفاء لسبب من الأسباب ، والأعذار التي تمنع منه ، فإن الشريعة الإسلامية أعطت للمتضرر الحق في فسخه ، ودفع الضرر عنه ، وهذا عين العدل ، والرحمة.

المبحث الرابع

الرجوع في العقد

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

رجوع أحد الوالدين في الهبة

قد سبق أن الهبة تلزم الواهب بعد القبض، فإذا لزمت فلا يحق لذلك الواهب أن يرجع في هبته، فهل هذا عام في كل واهب، أم أن هناك من يستثنى، فيجوز له أن يرجع في هبته ؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك الاستثناء من لزوم عقد الهبة، على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الرجوع في الهبة جائز للأب، إلا أن يتعلق به حق الغير، فلا يحق له الرجوع، وهو مذهب المالكية[1]، ورواية عند الحنابلة[2]، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[3]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الرجوع في الهبة جائز للأب مطلقاً، إلا أن تزول عين الهبة، أو يتصرف فيها، وهو مذهب الشافعية[4]، والظاهرية[5]، والحنابلة في المشهور[6]، رحمهم الله.

---

(١) المعونة ١٦١٥/٣، عقد الجواهر الثمينة ٦٩/٣.

(٢) المقنع ٣٤٠/٢، الإنصاف ١٤٦/٧.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٢/٣١.

(٤) الوجيز ٢٤٩/١، روضة الطالبين ٣٧٩/٥، فتح الباري ٢١٥/٥.

(٥) المحلى ٨٦/١٠.

(٦) المغني ٢٦١/٨، الإنصاف ١٤٥/٧.

القول الثالث: أن الأب كغيره ليس له الرجوع، وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله[١].

القول الرابع: أن الرجوع في الهبة، لا يحق لكل من وهب لذي رحم محرم، بما في ذلك الأب، وهو مذهب الحنفية[٢]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(الرجوع للأب ما لم يتعلق به حق الغير) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فالسنة، ولهم في ذلك حديثان:

أولهما: حديث ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي ﷺ قال: **(لا يحل للرجل أن يعطي عطية، ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده)**[٣].

ووجه الدلالة: استثناء المصطفى ﷺ الوالد في رجوعه لهبته لولده من التحريم، حيث قال: **(لا يحل للرجل)** وأعقبه باستثناء الوالد، فدل ذلك على أن للأب أن يرجع في هبته.

وأما ثانيهما: فحديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما: أن أباه أتى به الرسول ﷺ، فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً، فقال رسول الله ﷺ: **(أكلَّ ولدك نحلتَ مثله؟)** قال: لا، قال: **(فأرجعه)**[٤].

ووجه الدلالة: أن المصطفى ﷺ أمر والد النعمان بأن يرجع في هبته لولده، فدل على جواز رجوع الأب في هبته لولده، ويؤيد ذلك ما في الرواية الأخرى (أن والد

---

(١) المقنع ٢/٣٤٠.

(٢) بدائع الصنائع ٦/١٣٢، تكملة شرح فتح القدير ٩/٤٤.

(٣) أخرجه أبو داود ٣/٣٩١، والترمذي وقال حديث حسن صحيح ٤/٤٤٢، وابن ماجة ٢/٧٩٥، قال الحافظ ابن حجر: (رجاله ثقات) فتح الباري ٥/٢١١.

(٤) متفق عليه، صحيح البخاري ٣/١٣٤، صحيح مسلم ٥/٦٥.

النعمان رجع فرد عطيته[١]، ولو لم يكن الرجوع مشروعاً لما أمره ﷺ به)[٢].

وأما دليلهم من العقل فمن وجوه:

الوجه الأول: أن هذه الهبة، هبة لمن أضيف هو، وماله في الشرع إلى واهبها إضافة الملك، فكان لواهبها الرجوع فيها بوجهٍ، أصله هبة السيد لعبده.

الوجه الثاني: أن الأب يختص مع الولد، بما لا يوجد في غيره، وله شبهة في ماله ففارق الأجنبي.

الوجه الثالث: أن الهبة إذا تعلق بها حق الغير، فإن الضرر يحصل بهذا الغير، والقاعدة تقضي أنه لا ضرر، ولا ضرار.

الوجه الرابع: أنه إذا تعلق بالهبة حق للغير، فإن الرجوع متضمن للتغرير بذلك الغير بتفويت حقه في الهبة، ولا يجوز الغرر[٣].

دليل القول الثاني:

(للأب الرجوع، ما لم تزول العين) استدلوا بما تقدم من أدلة القول الأول، لكن قالوا بعمومها، فإذا زالت العين، أو تصرف فيها فلا يمكن الرجوع[٤].

دليل القول الثالث:

(ليس له الرجوع) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(العائد في هبته؛ كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه).**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٣٤/٣.

(٢) المعونة ١٦١٥/٣، فتح الباري ٢١٥/٥.

(٣) المعونة ١٦١٥/٣، ينظر حاشية المقنع ٣٤٠/٢.

(٤) المحلى ٨٦/١٠.

وجه الدلالة: عموم قوله ﷺ: (العائد) فيشمل الأب، وغيره، فدل على عدم جواز رجوع الأب في هبته، كغيره[١].

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن هبة الوالد يحصل بها الأجر من الله تعالى، فلم يجز الرجوع فيها؛ كصدقة التطوع[٢].

دليل القول الرابع:

(عدم الرجوع في الهبة لكل ذي رحم) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث سمرة بن جندب ﷺ أن النبي ﷺ قال: **(إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها)**[٣].

ووجه الدلالة: استثناء الرجوع في الهبة إذا كانت لذي رحم، فالرجوع في الهبة جائز، إلا في الحالة التي استثناها الحديث، وهي أن تكون الهبة لذي رحم محرم.

ولما ورد عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: (من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها...)[٤].

أما دليلهم من العقل فقالوا: المقصود من هبة ذي الرحم صلته، وقد حصلت الهبة، فلا يرجع فيها حتى لا يكون قاطعاً لها، فتكون الهبة حينئذ مخالفة للمقصود منها؛ لأن الرجوع يفضي إلى القطيعة المحرمة[٥].

---

(١) المغني ٨/٢٦٢.

(٢) المصدر السابق ٨/٢٦٢.

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه وقال: حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه ٢/٥٢، والبيهقي في السنن الكبرى وقال: (لم نكتبه إلا بهذا الإسناد، وليس بالقوي) اهـ ٦/١٨١، والدارقطني، وقال: (انفرد به عبد الله بن جعفر) اهـ سنن الدار قطني ٣/٤٤، قال الإمام الزيلعي رحمه الله في: (قال ابن الجوزي...، وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف، وخطأه صاحب التنقيح وقال: بل ثقة من رجال الصحيحين، والضعيف هو والد علي المديني...، ورواة هذا الحديث ثقات، ولكنه حديث منكر وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة) اهـ نصب الراية للزيلعي ٤/١٢٧.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٢/٧٥٤.

(٥) الهداية ٣/٢٢٨.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بجواز رجوع الأب في هبته لولده، ما لم يتعلق بها حق الغير، وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بعدم تمكن الوالد من العود في هبته، فلا إشكال فيه؛ لأنه موافق لما رجحته.

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بحديث ابن عباس رضي الله عنهما، فيقال: إنه حديث عام مخصص بالأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الراجح.

رابعاً: أما استدلالهم بالعقل: فالجواب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس منقوض بهبة الأجنبي، فإن فيها أجراً وثواباً، وعندهم له الرجوع فيها.[1]

الوجه الثاني: أنه قياس مع النص، والنص مقدم عليه.

خامساً: أما استدلال أصحاب القول الرابع، بحديث سمرة بن جندب فهو حديث لا يحتج به، وقد تقدم بيان ضعفه، وعلته.

سادساً: أما استدلالهم بقول عمر رضي الله عنه، فيجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أنه معارض بالمرفوع إلى النبي ﷺ، والمرفوع مقدم عليه.

الوجه الثاني: أنه عام مخصص بما جاءت به السنة.[2]

سابعاً: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب عنه: بأننا نقول: بعدم جواز الرجوع في الهبة لذوي الرحم، وأما الوالد فهو مخصص لورود النص به.

إذا تقرر أن للوالد أن يرجع في هبته المقبوضة من ولده، ما لم يتعلق بها حق للغير فهل الوالدة تأخذ حكم الوالد في ذلك؟.

---

(١) المغني ٨/٢٦٢.

(٢) المغني ٨/٢٦٢.

حكم رجوع الأم في هبتها لولدها:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في رجوع الوالدة في هبتها لولدها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوالدة مثل الأب في ذلك، وهو مذهب الشافعية[١]، والظاهرية[٢]، وقول عند الحنابلة[٣]، رحمهم الله.

القول الثاني: أن الأم ليست كالأب في ذلك، فليس لها الرجوع في الهبة لولدها، وهو مروي عن الإمام مالك[٤]، وقول للشافعية[٥]، والمذهب عند الحنابلة رحمهم الله[٦].

القول الثالث: أن الأم لها الرجوع إذا كان والده حياً، أما إذا لم يكن حياً فليس لها الرجوع في هبة ولدها، وهو مذهب المالكية[٧]، رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:

(أن الأم كالأب) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فما تقدم من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

ووجه الدلالة منه: أن رسول الله ﷺ أمر بالعدل بين الأولاد، فتكون الأم داخلة في هذا المعنى، فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله (فاردده)، وقوله: **(فأرجعه)**.

---

(١) روضة الطالبين ٥/٣٧٩.

(٢) المحلى ١٠/٨٦.

(٣) المغني ٨/٢٦٢، الإنصاف ٧/١٥٠.

(٤) بداية المجتهد ٥/٣٦٨.

(٥) روضة الطالبين ٥/٣٧٩.

(٦) الإنصاف ٧/١٤٩.

(٧) المعونة ٣/١٦١٥.

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن الأم لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها، ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضلته به، تخليصاً لها من الإثم، وإزالة للتفضيل المحرم[١].

دليل القول الثاني:

(الأم ليست كالأب في الرجوع) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **(إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولده من كسبه)**[٢].

ووجه الدلالة: أن للرجل أن يأخذ من مال ولده، فإن ولده من كسبه، دون الأم فليس لها ذلك؛ ولذا لما سئل الإمام أحمد: (الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال: ليست عندي في هذا كالرجل، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ، وذكر حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم)[٣]، فالحديث خص الوالد، وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب، دون الأم.

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن بين الأب، والأم فرقاً، فالأب له ولاية على ولده، ويحوز جميع المال في الميراث، بخلاف الأم[٤].

دليل القول الثالث:

(الأم كالأب في حالة حياة الأب) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هبة الأم في حالة موت الأب تعتبر هبة ليتيم، وهي يراد بها وجه الله عز وجل، فتكون كالصدقة، لا يجوز الرجوع فيها.[٥]

---

(١) المغني ٢٦٣/٨.

(٢) أخرجه أبو داود ٢٨٨/٣، والترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح ٦٣٩/٣، والنسائي ٢٤٠/٧.

(٣) المغني ٢٦٣/٨.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المعونة ١٦١٥/٣.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الأم كالأب في الرجوع في هبتها لولدها؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث عائشة رضي الله عنها، فيقال: إن المراد به هو الأكل من مال الولد، وليس الرجوع في الهبة، ثم إن هناك رواية لم تخصص الأب وهي: (إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم)[١]، فيجب البقاء على عمومها، ثم لو سلمنا بالرواية الأولى، فإنها خرجت مخرج الغالب؛ لأن حاجة الأب أكثر، واعتداء الأباء أغلب؛ لأنهم هم الذين يتحملون التكاليف، والنص إذا خرج مخرج الغالب لم يعتبر مفهومه[٢].

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل بالفرق بين الأب والأم، فيقال: وإن كان بينهما فرق في الميراث، إلا أنه ليس بينهما فرق في التسوية بين الأولاد، والرجوع في الهبة إذا حصل التفضيل منها لأحد أولادها، لما يترتب على ذلك من الحسد، والعداوة، ولا سبيل إلى تلافي المحظور في ذلك إلا بالرجوع.

رابعاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالتفريق بين حياة الأب وموته، فيقال: لا دليل على التفريق، وما ذكروا من حصول اليتم، فليس كل هبة لليتيم تعتبر صدقة، بل مرد ذلك إلى نية الواهب.

إذا تقرر ذلك فهل الجد، والجدة يأخذان حكم الأبوين، الأب، والأم؟ والجواب على ذلك أن لأهل العلم رحمهم الله قولين مشهورين، أحدهما: أن الجد، والجدة كالأبوين، وثانيهما، أنهما ليسا كالأبوين[٣].

---

(١) سنن الترمذي ٣/٦٣٩.

(٢) الأحكام للآمدي ٣/٩٤.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٣/٦٩، روضة الطالبين ٥/٣٧٩، الإنصاف ٧/١٥٠.

والـذي يظهـر أن الجـد، والجـدة بمنزلة الأب، والأم؛ لدخولهمـا في الـنص الـذي أجاز الأكل من كسب الأولاد، فولد الولد يعتبراً ولداً.

فالهبة إذا حصـل القبض فيها تصبح عقـداً لازمـاً من طرف الواهب، إلا أن هذا اللـزوم في حـق الواهـب يتطرق إليه السـلب في حـق الوالد سواء كان أباً، أو أماً، أو جـداً، أو جـدة فلهم الرجوع في هبتهم لأولادهـم، للخبر الخاص بهـم، وأمـا من عداهـم فهـي لازمـة في حقـه لا يحق له الرجوع فيها، فكان الرجوع من أحد الوالدين في هبته لولده أحد السوالب التي تؤثر في عقد الهبة.

المطلب الثاني

رجوع المرتهن في قبض الرهن

سبق القـول بـأن الـرهن لا يكـون لازمـاً في حق الراهن إلا بعد قبض المرتهن للعين المرهونة، وأن هـذا القبض يشترط فيه الدوام حتى الوفاء، فإذا قبض المرتهن العين، وقبل وفـاء الـراهن للديـن قام المرتهن بتسليم العين إلى الراهن، فقد زال لزوم الرهن في هذه العين[1].

فـرجوع الـراهن في قبضـه للـرهن يعـد سـالباً من سوالب لزوم عقد الرهن، ويعود الـرهن إلى الجـواز في حـق الطـرفين؛ لعدم القـبض، فاللـزوم كـان لحفظ حق المرتهن، فلما سـلم العـين المرهونة، أسـقط حقـه، وزال لـزوم الرهن الـذي جعـل مـن أجـل ضمان حقه عند عدم وفاء المدين، وسداده.

وبهذا ينتهي هذا الفصل الذي خصصته لبيان السوالب التي ترد على العقد اللازم فتسلب لزومه .

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٥/٦، المعونة ١١٥٤/٢، المغني ٤٤٨/٦.



الخـــاتمـة



الخاتمة

وبعد فقد أمضيت في هذا البحث "أحكام لزوم العقد" وقتاً غير قصير في إعداده، وجهداً غير يسير في إخراجه، فإن يكن صواباً فمن الله وحده، وإن يكن ثمة نقص أو خطأ فمني، غير أني لم أدخر وسعاً في تحري الصواب، وتقصي البحث، ومحاولة الفهم، لكن القصور وصف لبني آدم، والكمال لله سبحانه.

سائلاً المولى سبحانه أن ينفع بهذا البحث، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وقد توصلت من خلال هذا البحث بحمد الله، وفضله إلى نتائج من أهمها ما يلي :

(أ) النتائج العامة:

أولاً: شمولية هذه الشريعة الإسلامية، وأنها شريعة خالدة، صالحة لكل زمان، ومكان، ظهر ذلك من خلال النصوص الشرعية في كتاب الله عزوجل، وسنة النبي ﷺ، وما نص عليه أهل العلم رحمهم الله من مادة فقهية ثرية.

ثانياً: فضل سلف هذه الأمة الإسلامية، سواء كانوا فقهاء، أو محدثين، أو أصوليين، أو لغويين، فقد خدموا هذه الشريعة الغراء ببيانهم لأحكامها، وحكمها، فمهدوا بذلك الطريق لمن جاء بعدهم، ومن حقهم علينا الدعاء لهم، والترحم عليهم، وتوقيرهم، والرفع من شأنهم، فرحم الله علماءنا الأجلاء، وأسكنهم فسيح الجنان، وجزاهم عنا خير الجزاء، وأوفاه، وجمعنا بهم في دار كرامته .

(ب) النتائج الخاصة:

أولاً: أن حقيقة اللزوم هي: (ما لا يمكن فسخه من أحد المتعاقدين، دون رضا الآخر ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به).

ثانياً: أن حقيقة الالتزام هي: (إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له)، وهناك فروق بينه، وبين اللزوم، إذ اللزوم صفة مستمدة من الشارع الحكيم، وأما

الالتزام فالمكلف هو الذي يلزم نفسه به، واللزوم ينبني على الالتزام، وليس العكس، واللزوم لا يمكن وصفه بالتحريم، بخلاف الالتزام، فقد يلزم المكلف نفسه بأمر محرم، كما أنهما يفترقان من حيث الإثبات، فاللزوم ثابت، فإذا ثبت سببه وهو العقد، ثبت اللزوم تلقائياً، بعكس الالتزام فهو بحاجة إلى إثبات.

ثالثاً: أن حقيقة العقد في مصطلح أهل العلم رحمهم الله إما أن يكون عاماً يشمل كل ما يلتزم به الإنسان، سواء مع الخالق سبحانه، أو المخلوق، وإما أن يكون خاصاً يراد به الإيجاب، والقبول من المتعاقدين.

رابعاً: أن تعريف لزوم العقد هو: (ربط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين ليس لأحدهما الفسخ، دون قبول الآخر، ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به).

خامساً: يقسم أهل العلم رحمهم الله العقد إلى عدة تقسيمات، وذلك بحسب الاعتبار الذي ينظر إليه حين التقسيم، وهو على خمسة أنواع: الصحة، واللزوم، والنفاذ، ووجود العوض، وقبول التأقيت.

سادساً: ينبني لزوم العقد على ثلاثة أركان هي: العاقدان، والمعقود عليه، والصيغة، وأن هذه الأركان لها شروط، فأما العاقدان فيشترط فيهما: العقل، والتمييز، والرضا، والحرية، البلوغ، وحق التصرف في المعقود عليه، والرشد.

وأما المعقود عليه فيشترط فيه: أن يكون موجوداً، ومعلوماً، ومباحاً، ومملوكاً، وطاهراً، ومشتملاً على النفع، ومقدوراً على تسليمه.

وأما الصيغة فيشترط فيها: أن تكون مفهمة، ومتوافقة، وأن يتصل الإيجاب فيه بالقبول.

سابعاً: أن العقد ينعقد بكل ما يدل عليه من قول، أو فعل، وأن العقد ليس له لفظ معين ينعقد به، بل ينعقد بكل ما يدل عليه من الألفاظ.

ثامناً: العقود التي تكون لازمة للطرفين هي: البيع ويندرج تحته: (الصرف، والسلم، والشفعة)، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والحوالة، والصلح، والقسمة، النكاح، والخلع، والهدنة، والعتق بعوض، والمكاتبة.

تاسعاً: العقود التي تكون لازمة في حق أحد الطرفين هي: الضمان، والكفالة، والوقف، والتدبير، والأمان، والذمة.

عاشراً: العقود التي تكون جائزة، وتؤول إلى اللزوم للطرفين معاً هي: المضاربة، والمسابقة في بعض صورها.

الحادي عشر: العقود التي تكون جائزة، وتؤول إلى اللزوم في حق الطرف الواحد هي: الرهن، والجعالة، والقرض، والهبة، والعارية، والمسابقة في بعض صورها، والوصية.

الثاني عشر: العقود الجائزة للطرفين هي: الوديعة، والوكالة، والشركة.

الثالث عشر: أن لزوم العقد له آثار تترتب عليه، وهي إما أن تكون آثاراً عامة، أو تكون آثاراً خاصة، وأن هذه الآثار تختلف باختلاف المقصود من العقد:

فإن كان العقد من عقود المعاوضة المالية فآثار اللزوم العامة فيه هي: نقل الملكية للعين، والمنفعة، و وجوب التسليم للمعقود عليه، والضمان إذا مُكّن من الاستلام، ولم يستلم، وشغل الذمة بثمن المعقود عليه.

وأما آثار اللزوم الخاصة فيه فهي: قطع الخصومة، وفض الشراكة، وحرية الرقبة، والربح، والخسارة.

وإن كان العقد وثيقة يحفظ بها الحق فأثر اللزوم العام فيه هو: أن لصاحب الوثيقة الحق في أن يستوفي ماله من هذه العقود.

وأما آثار اللزوم الخاصة فيه فهي: استحقاق المطالبة بالإحضار، أو السداد، وعدم جواز تصرف الراهن في العين المرهونة.

وإن كان العقد يراد به الإرفاق فإن أثر اللزوم العام فيه هو ملك العين، والمنفعة .

وأما آثار اللزوم العامة فيه فهي : رد البدل، ورد ذات العين، والضمان.

وإن كان العقد عقد نكاح فآثار اللزوم فيه هي :

أنه يجب على الزوج دفع المهر للزوجة، فإن كان بعد الدخول استقر ملكها للمهر كاملاً، وأن ينفق عليها، وله الاستمتاع بها، وللزوج حق القوامة على زوجته، وتثبت المحرمية لبعض النساء بالدخول، ولبعضهن بالعقد، وأن كلاً من الزوجين يرث الآخر، وعلى الزوج أن يقسم بين زوجاته بالعدل، إذا سلمت المرأة نفسها لزوجها.

وإن كان العقد فرعاً عن النكاح، كالخلع، والطلاق بعوض فإن أثره، أن الطلاق الذي يحصل بهما يعتبر طلاقاً بائناً، وأن الزوجة عليها تسليم العوض المتفق عليه، وإذا لم تسلمه كانت ذمتها مشغولة به حتى تؤديه للزوج كاملاً، وملكية ذلك العوض المتفق على الطلاق به ثابتة للزوج بالاتفاق بينهما .

وإن كان العقد من عقود السير، والجهاد، فإن آثار اللزوم العامة فيه هي عصمة النفس، والمال للكفار المؤمّنين، والمعاهدين، والذميين فيحرم قتلهم، و أخذ أموالهم .

وأما آثار اللزوم الخاصة فيه فهي : أن يتم إيصال المؤمن إلى مأمنه بعد انتهاء مدته، والدفاع عن أهل الذمة، ما قاموا بدفع الجزية المقررة عليهم.

الرابع عشر: أن للزوم العقد موانع تمنع من لزومه، وهذا المانع يكون عاماً يشمل جميع العقود، وهو الإكراه، ويكون خاصاً لا يشمل العقود كلها وهو الخيار .

الخامس عشر: حقيقة الإكراه هي : (إلزام الغير بما لا يريده)، ويشترط فيه حتى يكون مانعاً من لزوم العقد ستة شروط وهي : أن يكون ما هدد به موجباً للضرر، وأن يغلب على ظن المكره نزول الوعيد به، وأن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما

هدد به، وأن يكون المكرَه عاجزاً عن دفع المكرِه، وأن يكون المكرَه ممتنعاً من الفعل المكرَه عليه قبل الإكراه، وإن يفعل المكرَه ما أكره عليه نفسه.

السادس عشر: أن الإكراه إما أن يكون بحق، أو يكون بغير حق، فما كان بحق فلا تأثير له على اللزوم، وإنما الذي يؤثر على اللزوم هو الإكراه بغير حق .

السابع عشر: أن الإكراه إذا ورد على عقد يحتمل الفسخ مثل البيع، والإجارة، والهبة فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن ذلك العقد لا يلزم الوفاء به لعدم لزومه . كما أن الإكراه إذا ورد على عقد لا يحتمل الفسخ مثل العتق، والنكاح، فالصحيح أن ذلك العقد لا يعتبر صحيحاً، ومن ثم فلا يكون ملزماً.

الثامن عشر: أن للخيار أنواعاً ستة، وهي : خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار غبن المسترسل، فإذا كان العقد يقبل نوعاً من الخيار، فإن العقد لا يكتسب صفة اللزوم ؛إلا بعد زوال ذلك الخيار .

التاسع عشر: أن لزوم العقد يزول بأحد الأمور السالبة له، وهي الإقالة، والجائحة، والعذر الطارئ، ورجوع أحد الوالدين في هبته، ورجوع المرتهن في قبض الرهن .

العشرون: أن حقيقة الإقالة هي : رفع العقد اللازم للطرفين، أو أحدهما، فإذا وردت الإقالة على العقد فإنها تزيل ذلك اللزوم، لكن بشرط أن تكون الإقالة صدرت برضا المتقايلين، وأن يكون المجلس متحداً، وأن تكون بالثمن الأول، وأن يكون المقال فيه موجوداً، وأن يكون قابلاً للإقالة .

الحادي العشرون: أن الإقالة لا ترد على كل العقود، فالعقود الجائزة غير محتاجة للإقالة لقبولها للفسخ، وكذلك العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم، فقبل لزومها هي كالعقود الجائزة، بخلاف ما إذا لزمت، كما أن هناك عقوداً لازمة لا تقبل الإقالة وهي: الوقف، والتدبير، والنكاح، والخلع، والطلاق بعوض .

الثاني والعشرون: أن حقيقة الجائحة هي: (ما لا يستطاع دفعه، وإن علم به)، وإذا حدثت الجائحة فإن الضمان يكون على البائع، وأنها توضع في القليل، والكثير إلا ما جرت العادة بتلفه، فيكون من ضمان المشتري.

الثالث والعشرون: الجائحة توضع في الزرع، والبقل، والثمر، وإذا حدثت الجائحة فإن العقد اللازم ينقلب إلى عقد جائز، يحق للمشتري أن يفسخه، وأن يرجع في الثمن؛ لأنها سالبة للزوم العقد.

الرابع والعشرون: أن حقيقة العذر الطارئ هي: (عجز عن المضي في موجب العقد؛ إلا بتحمل ضرر لم يستحق به)، والعذر الطارئ إذا كان عاماً فإنه يعتبر سالباً للزوم العقد، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية، حيث لم تأت بالحرج، والعنت، وأما إذا كان العذر خاصاً فليس له تأثير في سلب اللزوم.

الخامس والعشرون: أن لكل من الوالدين، سواء أباً، أو أماً، جداً، أو جدة أن يرجع في هبته التي وهبها لولده؛ إلا إذا تعلق بها حق للغير، فلا يحق لهم الرجوع في هبتهم؛ لحصول الضرر في جانب الغير، وهذا الرجوع يعتبر سالباً للزوم عقد الهبة.

السادس والعشرون: أن عدم استدامة القبض في الرهن من الأمور التي تسلب عن الرهن لزومه، فمتى أخرج المرتهن الرهن من يده زال لزوم الرهن في جانب الراهن.

هذه بعض النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث، و أسال الله تعالى أن ينفعني به في ديني، ودنياي، وأن يجعله في ميزان عملي يوم لقائه، إنه ولي ذلك، والقادر عليه، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله، وصحبه، وسلم.



الفهـــارس

وتشتمل على:

[١] فهرس المصادر والمراجع.

[٢] فهرس الموضوعات.



فهرس المصادر والمراجع

[أ]

[١] آثار المدينة المنورة لعبدالقدوس الأنصاري، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الثالثة، ١٣٩٣هـ.

[٢] الإجماع للإمام أبي بكر بن محمد بن المنذر النيسابوري، تحقيق أبو حماد صغير أحمد ضيف، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام١٤٠٢ هـ.

[٣] أحكام القرآن للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، عام١٣٨٧ هـ .

[٤] أحكام القرآن للإمام عماد الدين محمد الطبري إلكيا الهراس، تحقيق: درس محمد علي، ود/ غزت على عبد عطية، مطبعة حسان، دار الكتب الحديثة، مصر.

[٥] الأحكام في أصول الأحكام، للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ.

[٦] أخبار القضاة للإمام محمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع، عالم الكتب، بيروت.لبنان.

[٧] الأربعين النووية للحافظ أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق: محي الدين مستو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٣٩٧هـ.

[٨] إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان عام ١٣٩٩هـ .

[٩] إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٩هـ .

[١٠] الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٠هـ.
[١١] الأشباه والنظائر في الفروع للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الفكر، بيروت، لبنان، شركة نور الثقافة الإسلامية، جاكرتا.
[١٢] الإشراف على مذاهب أهل العلم للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المكتبة التجارية، دار الفكر، بيروت، لبنان ١٤١٤هـ.
[١٣] الإصابة في تميز الصحابة للحافظ ابن حجر العسقلاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
[١٤] أعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، لبنان.
[١٥] الأعلام، لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عشرة، عام ١٩٩٧م.
[١٦] الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للشيخ أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
[١٧] الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٠هـ.
[١٨] الأموال للإمام أبي عبيد القاسم بن سلاّم، تحقيق محمد خليل هرّاس، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر.
[١٩] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٣٧٧هـ.

[٢٠] الاختيار لتعليل المختار للإمام عبد الله بن محمد دين مودود الموصلي، تصحيح الأستاذ: محسن أبو دقبقة، دار المعرفة بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، عام ١٣٩٥هـ.

[٢١] الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن عباس البعلي الدمشقي، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.

[ب]

[٢٢] البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر.

[٢٣] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٢هـ.

[٢٤] بداية المجتهد والنهاية المقصد للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الجواد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٤١٦هـ.

[٢٥] البداية والنهاية للحافظ أبي الفداء ابن كثير الدمشقي، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٩٦٦م.

[٢٦] بدر التقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للشيخ محمد علاء الدين الحصكفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

[٢٧] البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، عام ١٣٤٨هـ.

[٢٨] بذل المجهود في حل أبي داود للشيخ خليل أحمد السهارنفوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

[٢٩] البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الطائي، تحقيق الدكتور: عبدالعظيم الديب، طبع على نفقة أمير دولة قطر، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.

[٣٠] بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الأولى، عام ١٣٨٤هـ.

[٣١] بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، عام ١٣٩٨هـ.

[ت]

[٣٢] تاج التراجم ، للشيخ أبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، عام ١٤١٣هـ.

[٣٣] تاج العروس للشيخ محمد مرتضى الزبيدي، طبعة دار صادر، بيروت، لبنان، الناشر دار ليبيا، بنغازي، عام ١٣٨٦هـ .

[٣٤] التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول للشيخ أبي الطيب صديق بن حسن القنوجي، تحقيق د/عبدالحكيم شرف الدين، المطبعة الهندية، الطبعة الثانية، بمباي، الهند، عام ١٣٨٣هـ .

[٣٥] التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، للشيخ أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدرى الشهير بالمواق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، عام ١٤١٢هـ .

[٣٦] تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والإعلام للحافظ أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق : د/ عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٩ هـ .

[٣٧] تاريخ المدينة المنورة للشيخ أبي زيد عمر بن شبة النميري البصري، علق عليه/علي محمد منديل، ياسين سعد الدين بيان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى، ١٤١٧هـ .

[٣٨] تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة ٤٦٣ للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

[٣٩] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي ابن فرحون المالكي، مراجعة طه عبدالرؤف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

[٤٠] التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن حميد الشهير بابن الهمام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، عام ١٣٥١هـ.

[٤١] تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد للحافظ العلائي، دارسة وتحقيق د. إبراهيم محمد سلقيني، دار الفكر الطبعة الأولى، دمشق، سورية، عام ١٤٠٢هـ.

[٤٢] تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للحافظ جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق د/عزت علي عطية، موسى محمد علي، مطبعة حسان، القاهر، مصر.

[٤٣] ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى السبتي، تحقيق د. محمد بن شريفة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية.

[٤٤] التعريفات للإمام علي بن محمد الشريف الجرجاني، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، عام١٩٨٥م.

[٤٥] التعليق المغني على الدارقطني مع سنن الدارقطني للشيخ أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي، عالم الكتب، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٣هـ.

[٤٦] تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء بن كثير تحقيق: عبد العزيز غنيم ومحمد عاشور ومحمد البنا، الشعب، القاهرة، مصر.

[٤٧] تقريب التهذيب للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبدالوهاب عبداللطيف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٣٩٥هـ.

[٤٨] التقريب لعلوم ابن القيم، للشيخ بكر بن عبد الله أبوزيد، دار العاصمة للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ.

[٤٩] التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.

[٥٠] التلقين في الفقه المالكي – للقاضي أبي الحسن عبد الوهاب البغدادي المالكي تحقيق ودارسة محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، السعودية.

[٥١] التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي. حققه د/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٤هـ.

[٥٢] التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٢هـ.

[٥٣] التنبيه في الفقه الشافعي للإمام أبي إسحاق الفيروزأبادي الشيرازي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٣هـ.

[٥٤] تنوير الأبصار للإمام محمد بن عبدالله التمرتاشي مع شرحه الدر المختار، وحاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ.

[٥٥] تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي، حققه بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٣هـ.

[٥٦] تهذيب شرح الأسنوي على منهاج الوصول إلى علم الأصول .د/ شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، مصر.
[٥٧] التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، للشيخ أحمد بن محمد الشويكي، دراسة وتحقيق : ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، المكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ .

[جـ]

[٥٨] جامع الأصول في أحاديث الرسول ﷺ، للإمام أبي السعادات ابن الأثير الجزري، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، نشر مكتبة الحلواني والحلاج ومكتبة دار البيان، طبعة عام ١٣٨٩هـ .
[٥٩] الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المطبعة العامرة، دار السلطة العلية الباهرة، عام ١٣٣٤هـ.
[٦٠] الجامع لأحكام القران للإمام أبي عبد الله محمد القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، إعادة طبعه عام١٤٠٥هـ .
[٦١] الجوائح وأحكامها د. سليمان بن إبراهيم الثنيان، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٤١٣هـ .
[٦٢] الجواهر المضية في طبقات الحنفية للشيخ محي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد القرشي الحنفي تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار العلوم، الرياض، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

[ح]

[٦٣] حاشية البقري على الرحبية في علم الفرائض للعلامة البقري علق عليهما وخرج أدلتها د. مصطفى ديب البغا، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر .

[٦٤] حاشية البُنَّاني على شرح الزرقاني، للشيخ محمد البُنَّاني ، دار الفكر، بيروت، لبنان .
[٦٥] حاشية البُنَّاني على شرح المحلي للشيخ محمد البُنَّاني، مطبعة مصطفى اليابي الحلبى وأولاده، مصر، الطبعة الثانية ١٣٥٦هـ .
[٦٦] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
[٦٧] حاشية الروض المربع شرح زاد المتقنع للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدى الحنبلي بساط – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٣م .
[٦٨] حاشية العطار على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
[٦٩] حاشية العنقري على الروض المربع، للشيخ عبدالله بن عبد العزيز العنقري، مكتبة الرياض الحديثة، االرياض، السعودية، عام ١٣٩٠هـ .
[٧٠] حاشية بجيرمي على الخطيب المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي، دار الفكر، بيروت، لبنان، عام ١٤١٥هـ .
[٧١] حاشية رد المحتار على الدر المختار للشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ .
[٧٢] الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب الماوردي البصري، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ .
[٧٣] حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر لعبدالرزاق البطيار، مطبوعات المجمع العلمي العربي، دمشق، سورية، عام ١٣٨٣هـ .

[٧٤] حلية العلماء في معرفة مذهب الفقهاء للإمام سيف الدين أبي بكر محمد الشاشي القفال، تحقيق: ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى عام ١٩٨٨م.

[خ]

[٧٥] خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، للشيخ محمد المحبي، دار صادر، بيروت، لبنان.

[د]

[٧٦] الدر المختار تنوير الأبصار للشيخ محمد علاء الحصكفي مع شرحها رد المحتار لابن عابدين، دار الفكر، الطبعة الثانية، عام ١٣٨٦هـ.

[٧٧] درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ.

[٧٨] الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد سيد جاد الحق، دار الكتب الحديثة، مصر، الطبعة الثانية، عام ١٣٨٥هـ.

[٧٩] دول الإسلام للحافظ شمس الدين الذهبي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، بدولة قطر.

[٨٠] الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

[ذ]

[٨١] الذخيرة للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق د/ محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٤م.

[٨٢] ذيل وفيات الأعيان المسمى درة الحجال في أسماء الرجال لأبي العباس أحمد ابن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي، تحقيق د. محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث، الطبعة الأولى، عام ١٣٩١هـ.

[ر]

[٨٣] روضة الطالبين للإمام محيي الدين بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.

[٨٤] روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للإمام الموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة الدمشقي، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.

[س]

[٨٥] سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، تعليق محمد بن عبدالعزيز الخولي، مكتبة عاطف ـ مصر.

[٨٦] سنن أبي داود للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، راجعه محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا.

[٨٧] سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني تحقين محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر، بيروت، لبنان.

[٨٨] سنن الترمذي المسمى الجامع الصحيح للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وإبراهيم عطوه عوض، توزيع دار الباز، دار إحياء التراث.

[٨٩] سنن الدارقطني للحافظ علي بن عمر الدار قطني، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٣هـ.

[٩٠] سنن الدارمي للإمام أبي محمد عبد الله بن بهرام الدارمي، دار الفكر، القاهر، مصر، عام ١٣٩٨هـ.

[٩١] السنن الكبرى للحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدرأباد، الهند، الطبعة الأولى، عام ١٣٥٢هـ.

[٩٢] سنن النسائي للحافظ أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

[٩٣] سير أعلام النبلاء للحافظ محمد بن أحمد الذهبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

[٩٤] السيرة النبوية للشيخ أبي محمد عبدالملك بن هشام المعافري، تعليق طه عبدالرؤف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة جديدة، مضبوطة، منقحة.

[٩٥] السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. للشيخ محمد بن على الشوكاني، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٥هـ.

[ش]

[٩٦] شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، للشيخ محمد بن محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

[٩٧] شذرات الذهب في أخبار من ذهب للشيخ ابن الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

[٩٨] شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للشيخ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

[٩٩] شرح الخرشي على مختصر خليل للشيخ عبد الله بن محمد الخرشي، دار الفكر.

[١٠٠] شرح الزرقانى على مختصر خليل للشيخ عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

[١٠١] شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغوي، حققه شعيب الأرناؤوط وزميله، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٣هـ.

[١٠٢] الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، السعودية.

[١٠٣] شرح الكواكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختصر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه للعلامة محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، عام ١٤١٨هـ.

[١٠٤] الشرح الممتع على زاد المستنقع للشيخ محمد بن صالح العثيمين، مؤسسة آدم للنشر، الرياض، السعودية، الطبعة الرابعة عام ١٤١٦هـ.

[١٠٥] شرح صحيح مسلم للإمام محيي الدين بن شرف النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها.

[١٠٦] شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الكتب الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٥هـ.

[١٠٧] شرح مختصر الروضة للشيخ نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبدالكريم بن سعيد الطوفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٧هـ.

[١٠٨] شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي الحنفي، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام١٤٠٧ هـ.

[١٠٩] شرح منتهى الإدارات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى للشيخ منصور بن يونس البهوتي، توزيع الرئاسة العامة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية.

[ص]

[١١٠] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٣٧٦هـ.

[١١١] صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا.

[ض]

[١١٢] الضعفاء الكبير للإمام أبي جعفر محمد بن عمرو العقيلي، تحقيق الدكتور: عبدالمعطي أمين قلعة جي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى، ١٤٠٤هـ.
[١١٣] ضعيف سنن أبي داود للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٢هـ.
[١١٤] ضعيف سنن ابن ماجة للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٨هـ.
[١١٥] ضعيف سنن النسائي للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ.
[١١٦] الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للشيخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان.

[ط]

[١١٧] الطبقات السنية في تراجم الحنفية للشيخ تقي الدين بن عبد القادر التميمي، تحقيق د. عبدالفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٣هـ.
[١١٨] طبقات الشافعية للشيخ جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي تحقيق: عبد الله الجبوري دار العلوم، عام ١٤٠١هـ.
[١١٩] الطبقات الكبرى للشيخ أبي عبدالله محمد بن سعد البصري الزهري، دار صادر، بيروت، عام ١٣٨٨هـ.
[١٢٠] طبقات فحول الشعراء لمحمد بن سلام الجمحي قرأه أبو فهر محمود محمد شاكر، دار المدني، جدة، السعودية.

[ع]

[١٢١] عجائب الآثار في التراجم والأخبار للعلامة عبدالرحمن الجبرتي ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان.

[١٢٢] العذب الفائض شرح عمدة الفارض للشيخ إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، الطبعة الأولى ، عام ١٣٧٢هـ .

[١٢٣] عقد الجواهر الثمينة للإمام جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ، تحقيق محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، عام ١٤١٥هـ .

[١٢٤] العقود لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، تحقيق محمد حامد ، مكتبة السنة المحمدية ، توزيع مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، مصر.

[١٢٥] العناية شرح الهداية للشيخ محمد محمود البابرتي مع شرح فتح القدير ، دار الكتب الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، عام ١٤١٥هـ .

[غ]

[١٢٦] غريب الحديث للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي ، دار الكتاب العربي ، عام ١٣٩٦هـ .

[ف]

[١٢٧] الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، توزيع مكتبة المعارف بالرياض .

[١٢٨] فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني ، تصحيح الشيخ عبد العزيز بن باز ، مكتبة الرياض الحديثة ، السعودية.

[١٢٩] فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ أبى عبدالله بن محمد عليش ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر .

[١٣٠] الفروسية للحافظ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن، دار الأندلس، حائل، السعودية، الطبعة الثانية، عام ١٤١٧هـ.

[١٣١] الفروع للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح راجعه: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، عام ١٤٠٥هـ .

[١٣٢] الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق: أ.د. محمد روّاس قلعه جي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

[١٣٣] الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثالثة، عام ١٤٠٩هـ .

[١٣٤] فهارس أحاديث الموطأ، جمع وترتيب خالد جمعة الخراز وفيصل بن فارس الشامي، مكتبة الرشيد، الطبعة الأولى، عام ١٤١٠هـ .

[١٣٥] فوات الوفيات للشيخ محمد شاكر بن أحمد ، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت.

[١٣٦] فواتح الرحموت للشيخ عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المطبعة الأميرية ببولاق مقر المحمية، الطبعة الأولى، عام ١٣٢٢هـ .

[ق]

[١٣٧] القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبو جيب، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي، باكستان .

[١٣٨] القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللغة، للقاضي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي، دار الفكر، بيروت .

[١٣٩] قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبدالسلام السلمي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

[١٤٠] القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي راجعه: طه عبد الرؤوف سيد، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٣٩١هـ.

[١٤١] القواعد للشيخ أبي عبدالله محمد بن أحمد المقري تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد مطبوعات جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية.

[١٤٢] القوانين الفقهية للإمام أبي القاسم محمد بن أحمد جزي الكلبي الغرناطي، الدار العربية للكتاب.

[ك]

[١٤٣] الكافي في فقه أهل المدينة المالكي للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق : محمد محمد أحيد ماديك الموريتاني مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٨هـ.

[١٤٤] كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، لبنان ١٤٠٣هـ.

[١٤٥] كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي للشيخ عبد العزيز البخاري، الصدف ببلشرز، كرا تشي، باكستان.

[١٤٦] كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني، تصحيح أحمد القلاش، مكتبة التراث الإسلامي، حلب، سورية.

[١٤٧] الكواكب السائرة بمناقب أعيان المئة العاشرة، للشيخ نجم الدين بن بدر الدين محمد الغزي العامري، تحقيق جبرائيل سليمان جبور، الناشر محمد أمين دمج وشركاه، بيروت لبنان.

[ل]

[١٤٨] لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ، ١٤١٢هـ.

[١٤٩] لسان الميزان للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بنحجر العسقلاني، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، الثالثة، ١٤٠٦هـ.

[١٥٠] المانع عند الأصوليين، د. عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن علي الربيعة، الأولى، عام ١٤٠٤هـ.

[م]

[١٥١] المبسوط للإمام لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى، عام١٤١٤هـ.

[١٥٢] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي.

[١٥٣] مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للشيخ عبد الله بن سليمان المعروف بدامادأفندي، دار إحياء التراث العربي.

[١٥٤] مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ الهيثمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٨هـ.

[١٥٥] المجموع شرح المهذب للإمام محيي الدين النووي، حققه محمد نجيب المطيعي مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية.

[١٥٦] مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، الرئاسة العامة لشئون الحرمين، المملكة العربية السعودية.

[١٥٧] المحرر الوجيز تفسير الكتاب العزيز للإمام أبى محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي تحقيق الرحالي الفاروق وزملائه، الدوحة، قطر، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٨هـ.

[١٥٨] المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للإمام مجد الدين أبي البركات ابن تيمية، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٤هـ.

[١٥٩] المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، تحقيق: د. طه جابر فيّاض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٩هـ.
[١٦٠] المحلى للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الاتحاد العربي للطباعة.
[١٦١] المختارات الجلية من المسائل الفقهية للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي منشورات المؤسسة السعدية بالرياض، السعودية.
[١٦٢] مختصر المزني للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحي المزني، مع شرحه الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى ١٤١٤هـ.
[١٦٣] المدخل الفقهي للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، دار الفكر، التاسعة، ١٩٦٧م.
[١٦٤] المدونة الكبرى للإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم، دار الفكر.
[١٦٥] مذكرة أصول الفقه للشيخ محمد الأمين الشنقيطي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية.
[١٦٦] المستدرك على الصحيحين للحافظ أبي عبدالله الحاكم النيسابوري، دار المعارف النظامية، الهند، حيدر أباد، الأولى، ١٣٤٢.
[١٦٧] المسند للإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق مجموعة بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الأولى، عام١٤١٦هـ.
[١٦٨] المسند للإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، دار صادر، بيروت، لبنان.
[١٦٩] المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، جمعها الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد الحنبلي الحراني، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

[١٧٠] مشكاة المصابيح للشيخ محمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الثانية، ١٣٩٩هـ.

[١٧١] المصباح المنير للعلامة أحمد بن على الفيومي المقري، مكتبة لبنان.

[١٧٢] المصنف في الأحاديث والآثار للحافظ أبي بكر بن أبي شيبة، الدار السلفية، بمبّي، الهند.

[١٧٣] المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، توزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الثانية، ١٤٠٣هـ.

[١٧٤] المطلع على أبواب المقنع للإمام أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، عام ١٤٠١هـ.

[١٧٥] معالم التنزيل للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الأولى، عام ١٤٠٦هـ.

[١٧٦] معجم الأدباء أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب لأبي عبد الله ياقوت بن عبدالله الرومي الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى، عام ١٤١١هـ.

[١٧٧] المعجم الكبير للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبدالمجيد السلفي، مطبعة الأمة، بغداد، العراق، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

[١٧٨] معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية لعمر رضا كحالة، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الأولى، عام ١٤١٤هـ.

[١٧٩] المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي جمع لفيف من المستشرقين، نشر الدكتور أ. ى ونْسنْك أستاذ العربية بجامعة ليدن، مكتبة بريل في مدينة ليدن، عام ١٩٣٦م.

[١٨٠] المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم للشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الثانية، عام ١٤٠١هـ.

[١٨١] معجم مقاييس اللغة للإمام أبى الحسين أحمد بن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت.

[١٨٢] المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، عام ١٤١٥هـ.

[١٨٣] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، لبنان، عام ١٤١٥هـ.

[١٨٤] المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د/ عبد الله التركي ود/ عبد الفتاح الحلو، هجر، القاهرة، مصر، الأولى، عام ١٤٠٦هـ.

[١٨٥] المفردات في غريب القران للإمام لحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، مكتبة الأنجلو المصرية.

[١٨٦] المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعيات لمحمد بن أحمد بن رشد، تحقيق د. محمد حجي دار الغرب الإسلامي، الأولى.

[١٨٧] المقنع في شرح مختصر الخرقي للإمام الحافظ أبي علي الحسن بن أحمد بن بن البنا، تحقيق عبدالعزيز البعيمي، مكتبة الرشد، الرياض، الثانية، ١٤١٥هـ.

[١٨٨] المقنع في فقه أمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المؤسسة السعيدية بالرياض، الثالثة.

[١٨٩] الممتع في شرح المقنع للشيخ زين الدين المنجى بن عثمان التنوخي، تحقيق د. عبدالملك بن عبدالله بن دهيش، الأولى، ١٤١٨هـ.

[١٩٠] المنتقى شرح موطأ الأمام مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، مطبعة السعادة، مصر، الأولى، عام ١٣٣٢هـ.

[١٩١] المنثور في القواعد للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي تحقيق: د. تيسير محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت.

[١٩٢] منهاج الطالبين للإمام محيي الدين يحي بن شرف النووي مع شرحه مغني المحتاج، دار الفكر، عام ١٤١٥هـ.

[١٩٣] المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

[١٩٤] الموافقات في أصول الشريعة للإمام إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

[١٩٥] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، الثالثة، عام ١٤١٢هـ.

[١٩٦] موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف محمد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

[١٩٧] الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، دار الصفوة، مصر، الرابعة، عام ١٤١٤هـ.

[١٩٨] الموطأ للإمام مالك بن أنس صححه محمد محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

[١٩٩] ميزان الاعتدال في نقد الرجال للإمام الحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى ١٤١٦هـ.

[ن]

[٢٠٠] النتف في الفتاوى لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي حققها: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الثانية، عام ١٤٠٤هـ.

[٢٠١] نزهة الخاطر العاطر، للشيخ عبد القادر بن أحمد مصطفى بدران الدومي، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الثانية، عام ١٤١٤هـ.

[٢٠٢] نصب الراية لأحاديث الهداية لأبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، دار المأمون، ، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، عام ١٣٥٧هـ.

[٢٠٣] نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب للشيخ أحمد بن محمد المقري التلمساني، دار صادر، بيروت، عام ١٣٨٨هـ .
[٢٠٤] نهاية السول في شرح منهاج الأصول لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، المطبعة السلفية ومكتبتها، عالم الكتب، بيروت، عام ١٩٨٢م.
[٢٠٥] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للشيخ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، دار الكتب العلمية، عام ١٤١٤هـ.
[٢٠٦] النهاية في غريب الحديث والأثر للحافظ ابن الأثير، أنصار السنة المحمّدية، لاهور، باكستان .
[٢٠٧] نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الأخيرة.
[٢٠٨] الهداية شرح بداية المبتدي للإمام برهان الدين أبي الحسن علي المرغيناني، المكتبة الإسلامية .

[هـ]

[٢٠٩] هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين للشيخ إسماعيل بن باشا البغدادي، مكتبة المثنى، بيروت، لبنان، وكالة المعارف .

[و]

[٢١٠] الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، الأولى، عام ١٤٠٤هـ .
[٢١١] الوجيز في مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، عام ١٣٩٩هـ .
[٢١٢] وفاء الوفاء بأخبار دار المصطفى لعلي بن أحمد السمهودي، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الرابعة١٤٠٤هـ.

فهرس الموضوعات

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الباب الثالث

الموضـــوع	الصفحة

الفصل الثاني

الموضـــــوع	الصفحة



من إصدارات الصندوق الخيري
لنشر البحوث والرسائل العلمية

[١] بيع التقسيط وأحكامه (مجلد) .... سليمان بن تركي التركي

[٢] أخذ المال على أعمال القرب (مجلدان) .... عادل بن شاهين شاهين

[٣] الغش وأثره في العقود (مجلدان) .... د. عبدالله بن ناصر السلمي

[٤] حماية البيئة والموارد الطبيعية .... فهد بن عبدالرحمن الحمودي

[٥] أحاديث البيوع المنهي عنها: رواية ودراية (مجلد)........... .. خالد بن عبدالعزيز الباتلي

[٦] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (مجلدان)... د. مبارك بن سليمان آل سليمان

[٧] ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع (مجلد)................ سمير عبدالنور جاب الله

[٨] أحكام الدين (دراسة حديثية فقهية) (مجلد) .... سليمان بن عبدالله القصير

[٩] استيفاء الحقوق من غير قضاء (مجلد)................... د. فهد بن عبدالرحمن اليحيى

[١٠] استثمار أموال الزكاة (مجلد) .... صالح بن محمد الفوزان

[١١] المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد (مجلدان)......ت: أ. د. عبدالله بن محمد المطلق

[١٢] أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية (مجلدان) ......د. فضل الرحيم محمد عثمان

[١٣] تسليم المطلوبين بين الدول في الفقه الإسلامي (مجلد) .... زياد بن عابد المشوخي

[١٤] أحكام نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي (مجلدان) .... د. يوسف بن عبدالله الأحمد

[١٥] الترتيب في العبادات في الفقه الإسلامي (مجلدان)...............د. عبدالله بن صالح الكنهل

[١٦] الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (مجلد)...... د. محمد بن عبدالعزيز اليمني

[١٧] النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (مجلد)..... د. سفيان بن عمر بورقعة

[١٨] الهندسة الوراثية ....د. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ

[١٩] أحكام لزوم العقد .... د. عبدالرحمن بن عثمان الجلعود


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com